

LA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

La jubilación parcial constituye un derecho dentro del empleo público en virtud de las previsiones efectuadas por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/07). Su ejercicio está siendo condicionado a la aprobación de un desarrollo reglamentario, hoy inexistente. Un límite que puede responder más al temor que supone la irrupción novedosa de este tipo de jubilación en la función pública y su gestión que a cualquier otro recelo jurídico, en gran medida, infundado. No en vano, el diferente régimen al que se somete a colectivos que cumplen con idénticas obligaciones puede derivar en un trato desigual e incluso discriminatorio. Al análisis exhaustivo de todos los elementos que configuran la jubilación parcial en el empleo público se destina este trabajo.

SUMARIO

1. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO.
 - 1.1. Aspectos básicos generales sobre la regulación de la jubilación parcial.
 - 1.2. Algunas diferencias entre la jubilación laboral y la prevista para la función pública.
 - 1.3. Novedosa extensión de la jubilación parcial al empleo público.
 - 1.4. Los límites a la aplicación de la jubilación parcial en el empleo público: la exigencia de un desarrollo reglamentario en relación al personal estatutario.

Lourdes López Cumbre

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.
 - 2.1. Sobre la jubilación en la función pública.
 - 2.1.1. Las distintas regulaciones de la jubilación en la función pública.
 - 2.1.2. La jubilación forzosa como norma.
 - 2.2. El reconocimiento de la jubilación parcial en la función pública como jubilación voluntaria.
 - 2.2.1. La incentivación de la jubilación voluntaria en la función pública frente a la regla general de la jubilación forzosa.
 - 2.2.2. Requisitos generales y procedimiento aplicable en el acceso a la jubilación voluntaria en la función pública.
 - 2.2.3. La cuantía de la pensión de jubilación voluntaria.
 - 2.2.4. Supuestos especiales de jubilación voluntaria en la función pública.
 - 2.3. La aplicación de la jubilación parcial en la función pública.
 - 2.3.1. La compatibilidad entre trabajo y pensión en la función pública al margen de la jubilación parcial.
 - 2.3.2. Límites a la aplicación de la jubilación parcial en la función pública.
 - 2.3.2.1. Sobre la traslación de la solución judicial prevista para el personal estatutario.
 - 2.3.2.2. Sobre la exigencia de desarrollo reglamentario como requisito de aplicación.
 - 2.3.2.3. La remisión a los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social aplicable.
3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL APLICADO AL EMPLEO PÚBLICO.
 - 3.1. Los requisitos básicos de la jubilación parcial y de la contratación anexa.
 - 3.2. La adecuación del régimen jurídico de la jubilación parcial al empleo público.
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE LA JUBILACIÓN PARCIAL A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

1. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

1.1. ASPECTOS BÁSICOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

1. La jubilación parcial permite la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, compartiendo la jubilación con una jornada parcial⁽¹⁾. Responde esta modalidad de jubilación a una triple finalidad: la de establecer una aproximación no traumática a la jubilación mediante un acceso progresivo, la de mantener a un trabajador en activo una vez cumplida la edad de jubilación y la de incentivar la contratación de nuevos trabajadores.

Dispuesta para los trabajadores por cuenta ajena desde la aprobación de la Ley 32/84, de 2 de agosto, BOE del 4, este tipo de jubilación no había funcionado en el ámbito laboral, resultando insignificante el impacto del contrato de relevo, esto es, de la figura contractual complementaria de dicho tipo de jubilación destinada a sustituir al trabajador que se jubila⁽²⁾. Pero tras la Ley 35/02, de 12 de julio, BOE del 13, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y tras un Acuerdo alcanzado por Gobierno, CC.OO. y CEOE-CEPYME (El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001 en el que se basó el RD-L 16/01, de 27 de diciembre, BOE del 31, convertido posteriormente en la precitada Ley 35/02), la jubilación parcial

1. LÓPEZ CUMBRE, L.: «Jornada parcial», en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Acarl, 1991, pp. 159-199.

2. LÓPEZ CUMBRE, L.: «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *Tribuna Social* (número monográfico sobre *Trabajo a tiempo parcial*), núm. 85, 1998, pp. 50-70.

Lourdes López Cumbre

adquiere un nuevo significado. Según indica su Exposición de Motivos, la nueva regulación responde a la «*presencia social activa de los ciudadanos*» y permite, junto con la jubilación flexible, una permanencia en activo de los trabajadores de más edad que repercute «*en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y el conocimiento de los trabajadores de más edad*». A través de la jubilación parcial, el trabajador que se jubile procederá a reducir su jornada de trabajo y proporcionalmente su salario a cambio de obtener, en aquella parte en que deja de trabajar, una pensión de jubilación, bien que parcial y no total, siendo alcanzada esta última cuando definitivamente abandone su puesto de trabajo. Si se accede a la jubilación parcial antes de alcanzar la edad de jubilación (desde los 60 ó 61 años de edad), la empresa deberá contratar a un sustituto mediante un contrato de relevo, si, por el contrario, se accede alcanzada ya la edad ordinaria de jubilación, podrá ir acompañada o no de dicho contrato. De esta forma, el legislador prevé una jubilación parcial anticipada (a partir de los 60 ó 61 años de edad, ex artículo 166.2 de la LGSS) y una jubilación parcial ordinaria o retrasada (artículo 166.1 de la LGSS). La primera siempre irá acompañada de un contrato de relevo pero no así la segunda, al menos no necesariamente.

2. De alguna manera, la Ley 35/02 intentó introducir flexibilidad tanto en la ordenación laboral de la figura de la jubilación parcial (artículo 12 de la LET) como en la regulación propia de la Seguridad Social (artículo 166 de la LGSS) ⁽³⁾. Por un lado, haciendo desaparecer la necesidad de que el contrato de relevo vaya obligatoriamente unido al cumplimiento de la edad de jubilación del trabajador pues, incluso una vez cumplida, el trabajador relevado puede permanecer en activo y, por ende, mantenerse el contrato de relevo. Por otra parte, aceptando que la duración del contrato de relevo pueda ser indefinida o temporal y que la jornada pueda celebrarse a tiempo parcial o a tiempo completo, permitiendo así que el puesto de trabajo ocupado por el trabajador relevista sea el mismo que deja vacante el relevado e incluso

3. Un exhaustivo estudio en CALVO GALLEGU, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla, Mergablum, 2002, y PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, CES, 2008.

que puedan ocuparlo en la misma franja de la jornada admitiendo que ocupe uno similar, esto es, perteneciente al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Y, por último, quizá el elemento más determinante, permitiendo una distribución de la jornada entre relevado y relevista no tan rígida como antes (50%) sino más flexible (entre un 25% y un 85% máximo de reducción de la jornada de trabajo y de salario del relevado) ⁽⁴⁾.

Algunos de estos elementos serán objeto de reforma con posterioridad y como consecuencia de la aprobación de la Ley 40/07, de 4 de diciembre, BOE del 5, sobre medidas en materia de Seguridad Social. En primer lugar, exigiendo con carácter novedoso que el trabajador relevado tenga un período de antigüedad mínima en la empresa de seis años y un período de cotización de treinta años. En segundo término, porque la reducción máxima y mínima de la jornada será de entre un 25% y un 75%, salvo que el trabajador relevado cumpla todos los requisitos anteriores y se contrate al relevista a jornada completa con un contrato indefinido, en cuyo caso la reducción podrá llegar hasta un 85%. Por último, se indica que si, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no puede ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, se precisará que exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la relativa al trabajador relevista no pueda ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que pasa a jubilación parcial ⁽⁵⁾. Asimismo el RD-L 8/10, de 20 de mayo, BOE del 24, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (desarrollado por la OM de 6 de julio de 2010, BOE del 8) restringe el régimen transitorio de aplicación previsto para esta medida, al menos en lo que se refiere a la modalidad recogida en el artículo 166.2 de la LGSS, esto es, la jubilación parcial anticipada ⁽⁶⁾. Todo ello no prejuzga la aplicación del RD

4. LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación flexible», en AA.VV., *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, Murcia, Ediciones Laborum-Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2005, pp. 15-142.

5. LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación. Entre el derecho y la obligación», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 39-108.

6. Una recopilación jurisprudencial en DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «Criterios recientes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superior de Justicia del País Vasco sobre jubilación parcial», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2008, pp. 1-32.

1131/02, de 31 de octubre, BOE de 27 de noviembre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial en tanto desarrollo reglamentario de esta figura y que permanece vigente pese a todas estas modificaciones, resultando aplicable en aquello que no se oponga a la nueva regulación normativa.

3. En atención a lo expuesto, el régimen actual de la jubilación parcial se desarrolla en torno a dos modalidades distintas, según se trate de trabajadores con 65 años de edad cumplidos o con edad inferior. En el primer caso, esto es, los trabajadores que hayan cumplido los 65 años de edad y siempre que reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Para ello deberán reducir su jornada de trabajo entre un 25% y un 75%. En el segundo caso, serán los trabajadores a tiempo completo que hayan cumplido la edad de 61 años —o de 60 si se trata de trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 (DT 3.ª 1.2.ª de la LGSS)— los que puedan acceder a la misma, sin que a tales efectos deban tenerse en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. Acceder a la jubilación parcial en este supuesto requiere, como condición previa, que el empresario celebre con carácter simultáneo un contrato de relevo en los términos prescritos por el artículo 12.7 de la LET.

Es, con todo, en este último caso, el de la jubilación anticipada parcial el que resulta más complejo toda vez que se funden en él exigencias derivadas del ámbito laboral, básicamente del contrato a tiempo parcial que ha de suscribir el trabajador relevado y del contrato de relevo al que accederá el relevista (artículo 12 de la LET), y del ámbito de la Seguridad Social, en particular lo establecido en el artículo 166 de la LGSS. Así, para acceder a la jubilación parcial el trabajador relevado deberá acreditar seis años de antigüedad en la empresa, una reducción de jornada de entre un 25% y un 75% (u 85%), treinta años de cotización o la correspondencia entre las bases de cotización del relevado y el relevista. Buena parte de estos requisitos disponen de una regulación transitoria en la DT 17.ª de la LGSS, que ha sido minorada, de algún modo, por la DT 2.ª del RD-L 8/10, a la que antes se aludiera. Para el trabajador relevista se exige un contrato al ob-

jeto de sustituir la jornada dejada vacante por el trabajador sustituido, de duración, como mínimo, igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años, ha de tratarse de un trabajador desempleado o con un contrato de duración determinada con la empresa en cuestión, la celebración del contrato podrá ser tanto a jornada completa como a tiempo parcial, el horario será simultáneo o no al del relevado y el trabajador relevista deberá ocupar el mismo puesto de trabajo del relevado o de uno similar correspondiente al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Aspectos todos ellos que serán analizados con más detalle posteriormente al determinar su aplicación en el empleo público.

1.2. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE LA JUBILACIÓN LABORAL Y LA PREVISTA PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Es evidente que la jubilación parcial surge en el contexto laboral pero, como este estudio pondrá de manifiesto, la inclusión en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/07, de 12 de abril, BOE del 13, en adelante EBEP), en concreto en su artículo 67, de esta misma posibilidad en el ámbito del empleo público obliga a precisar el contenido de esta figura también en este sector⁽⁷⁾. Dentro del RGSS, en el que se hallan incluidos buena parte de empleados públicos, la jubilación constituye un derecho que el trabajador puede ejercitar de forma ordinaria a partir de los 65 años de edad y con quince años de cotización (artículo 161 de la LGSS). Sin embargo, y asimismo con carácter general, en la función pública la jubilación se convierte en una obligación a partir de 65 años de edad, tratándose sólo de un derecho si se opta por solicitar la jubilación anticipada. Mas no constituye ésta la única diferencia entre los dos regímenes de jubilación —para simplificar aludiremos al laboral y al funcional— aunque sí se contemple como la principal diferencia. Para unos, los empleados públicos con régimen laboral, la jubilación constituye un derecho; para otros, los empleados públicos con régimen funcional, la jubilación se convierte en una obligación. Mas, si por algo se caracteriza el EBEP, es por haber plas-

7. LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación de los funcionarios públicos», en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, 12 de abril de 2008*, Granada, Comares, 2008, p. 674.

mado en una norma jurídica el constante flujo de influencias que viene produciéndose entre ambos colectivos. Algo que también se aprecia en la jubilación toda vez que para el régimen laboral la jubilación forzosa ha dejado de ser una excepción para convertirse casi en una regla y para el régimen funcionarial la jubilación forzosa ha dado paso a una realidad creciente representada por la jubilación voluntaria anticipada⁽⁸⁾.

También existen diferencias en los tipos de jubilación para un colectivo u otro. A las cuatro modalidades a las que, como se comprobará, se refiere el artículo 67 del EBEP se contraponen las «*mil y una jubilaciones*» que el sistema de protección social reconoce en su RGSS para los trabajadores por cuenta ajena o asimilados⁽⁹⁾. Así, en los trabajadores por cuenta ajena del sector privado no sólo cabe oponer la jubilación pública a la privada sino la contributiva a la no contributiva, la legal a la convencional, la temporánea a la extemporánea, la nacional de aquella que tienen en cuenta elementos comunitarios o extranjeros, etc., diseñando de este modo un complejo sistema de jubilación en el ámbito laboral que, de algún modo, comienza a influir en la función pública.

2. Sin embargo, con ser la jubilación anticipada una excepción en la función pública —promovida o incentivada ahora por el legislador—, no es una figura desconocida en el ámbito laboral. Una de las principales diferencias entre el régimen laboral y el funcionarial en este punto radica en el distinto planteamiento que el legislador (bicéfalo) efectúa en uno y otro caso. En el ámbito laboral, la jubilación anticipada del RGSS se penaliza y resultan de aplicación una serie de coeficientes reductores sobre la cuantía de la pensión a percibir de forma tal que, con carácter vitalicio, la pensión del beneficiario quedará sensiblemente reducida, en ocasiones hasta un 40% de lo que sería su pensión ordinaria. Por su parte, en la jubilación de los funcionarios públicos no ocurre lo mismo y, lejos de ser penalizada, se promueve, si no directamente, con ayudas o incentivos, garantizando idéntica cuantía a la que procedería si se optase por una jubilación a la edad legalmente con-

8. LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación. Entre el derecho y la obligación», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 39-108.

9. DE LA VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Envejecimiento y prolongación de la vida activa (Las mil y una jubilaciones)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, número monográfico, 74, 2008, pp. 379-403.

signada. En efecto. El funcionario que decida jubilarse con 60 años de edad percibirá una pensión en la cuantía íntegra que le hubiera correspondido de haberlo hecho a los 65 años de edad, siempre que acredite treinta años de servicios. Una opción satisfactoria para aquellos funcionarios de nivel administrativo más elevado a quienes no compensará ya seguir prestando servicios o seguir cotizando por entender que el plus de cotización carece de un resultado proporcional en una cuantía más alta para la pensión.

1.3. NOVEDOSA EXTENSIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL AL EMPLEO PÚBLICO

1. El artículo 67.1 del EBEP establece que 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; y d) parcial, de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4 de este precepto. Aun cuando, a juzgar por la doctrina, este Estatuto constituye una «*norma manifiestamente mejorable*»⁽¹⁰⁾, lo cierto es que surge con un alcance ambicioso: la homogeneización de condiciones laborales en el empleo público. A través de las bases, el EBEP «*establece aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas*»⁽¹¹⁾. Y uno de los ejemplos más palmarios es el de la jubilación parcial, prevista ya para quienes se integran en el RGSS y extendida ahora, por voluntad del legislador, también a los funcionarios públicos.

Por lo que se refiere a estos últimos, la jubilación parcial se establece en el artículo 67.1.d) del EBEP. Su remisión a los apartados 67.2 y 67.4 de la

10. CARDENAL CARRO, M.: «Un Estatuto para los empleados públicos», en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTIN, 2009, p. 36.

11. GÓMEZ CABALLERO, P.: «Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas», *Relaciones Laborales*, t. II, 2008, p. 595.

norma obligan a aludir a la jubilación voluntaria (artículo 67.2 del EBEP) y a la ya mencionada jubilación parcial (artículo 67.4 del EBEP). Procede la jubilación voluntaria, en virtud del artículo 67.2 del EBEP, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Por ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial. Por su parte, procede la jubilación parcial, ex artículo 67.4 del EBEP, a solicitud del interesado, asimismo siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Conviene precisar, como a continuación se desarrollará, que con motivo de la reforma operada en la LGSS por la Ley 40/07, la DA 7.^a de la citada Ley 40/07 ha concretado cómo han de aplicarse los mecanismos de jubilación anticipada y parcial a los empleados públicos. En este sentido, y en el plazo de un año, el Gobierno se compromete a presentar *«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 jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad de los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes. 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 55/03, 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 señaladas»*.

2. Por lo que se refiere al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ningún problema ha de plantear la aplicación de la jubilación parcial toda vez que, incluidos en el RGSS, disponen de los mismos derechos y obligaciones que el resto de colectivos integrados en dicho Régimen. Mayor objeción plantea, sin embargo, la aplicación de esta figura en el ámbito del personal estatutario si se tiene en cuenta que, tras un dilatado proceso contencioso, el Tribunal Supremo ha considerado recientemente, a través de su STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, que a este

personal le está vedado el acceso a la jubilación parcial, pese a su reconocimiento normativo en el artículo 26.4 de la Ley 55/03, de 16 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, hasta tanto no se disponga de un desarrollo reglamentario, tal y como se expone a continuación.

1.4. LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO: LA EXIGENCIA DE UN DESARROLLO REGLAMENTARIO EN RELACIÓN AL PERSONAL ESTATUTARIO

1. La extensión llevada a cabo por el EBEP a través del artículo 67 se considera contenida o limitada como consecuencia del pronunciamiento que el Tribunal Supremo ha efectuado en torno al personal estatutario. Una conclusión que ha de ser calificada, en una primera valoración, como no suficientemente justificada.

El artículo 26.4 de la Ley 55/03 establece que *«podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social»*⁽¹²⁾. En todo caso, *«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»*. A tal fin, *«la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial»*, ex artículo 77.4 de la Ley 55/03. Desde la entrada en vigor de esta normativa hasta conocerse la decisión del Tribunal Supremo al respecto en su STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, se han producido un gran número de reclamaciones que han permitido a distintos tribunales (Juzgados, Tribunales Superiores y, ahora, Tribunal Supremo), de órdenes jurisdiccionales diferentes (social y contencioso-administrativo, básicamente), decidir sobre la

12. Un comentario de este precepto en MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.: «Artículo 26. Jubilación», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 55/03 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 257-258. Un análisis general en GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A., «El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Una presentación», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2003, pp. 1-14.

Lourdes López Cumbre

posibilidad de ejecutar la jubilación parcial, una vez admitido su reconocimiento normativo, para el personal estatutario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, de 3 de noviembre de 2009, Ar. 7731 o de 26 de enero de 2010, Ar. 3127) viene afirmando desde ese primer pronunciamiento en julio de 2009 que lo que resulta cierto y relevante es que *«tanto la referencia del artículo 166.2 de la LGSS al término “trabajadores” como la mención directa que el propio precepto hace del artículo 12.6 de la LET y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/02 en el artículo 166.4 de la LGSS en cuanto a que “el régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”, permiten entender que “el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a este tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma”»* (FJ 3). Se considera, de este modo, que *«el reglamento en sí parece configurarse como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario»* (FJ 3).

Uno de los argumentos que utiliza el citado Tribunal consiste en constatar que la jubilación parcial, anticipada o no, no se encuentra universalmente perfeccionada. De hecho, la DA 8.4 de la LGSS extiende la aplicación de la jubilación parcial *«en todo caso»* a los trabajadores por cuenta ajena de todos los regímenes especiales pero respecto a los trabajadores por cuenta propia de los regímenes del mar, agrario y autónomos no lo hace de manera incondicional sino que simplemente lo anuncia en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. El artículo 1 del RD 1131/02 no menciona expresamente a los incluidos en el régimen de autónomos, citando en cambio a los *«incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar»* (FJ 3), sin que se haya aprobado hasta el momento una regulación reglamentaria específica de la jubilación parcial de los asegurados incluidos en el régimen de autónomos. El artículo 26.4 de la Ley 55/03 prevé que *«el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social»* podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente 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» (FJ 3). El precepto, además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente C.A., contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social que sólo puede entenderse en la forma expuesta y que, por tanto, no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado RD 1991/94, pasando luego por el RD 144/99, hasta llegar al vigente RD 1131/02.

2. Hasta aquí la decisión del Alto Tribunal conduciría a una conclusión —compartida o no— sobre la aplicación de la jubilación parcial en el personal estatutario: negar el acceso a la pensión de jubilación anticipada a dicho personal hasta que no se efectúe su desarrollo reglamentario. Pero el Tribunal Supremo realiza dos consideraciones que son las que permiten extender esta misma interpretación al resto del personal afectado por el EBEP. Por una parte, considera el citado Tribunal que el EBEP señala, de idéntica manera, en la DA 6.^a cómo el «Gobierno habrá de presentar en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos». Por otro lado, y, aunque no resulte de aplicación al supuesto concreto enjuiciado, se identifica asimismo la Ley 40/07 como criterio interpretativo que confirma o corrobora la firme y permanente voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo normativo para que, tanto los funcionarios como el personal estatutario, puedan acceder a la jubilación parcial. En su DA 7.^a prevista para la «Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos», también recoge el compromiso del Gobierno, ya explicitado en anteriores páginas, sobre la presentación de un estudio en relación a la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos.

Lourdes López Cumbre

En resumen, y en opinión del Tribunal Supremo, la modalidad de jubilación aquí cuestionada sólo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (artículo 166.2 de la LGSS), desarrollada reglamentariamente en el RD 1131/02 pero «*necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario, artículo 166.4 de la LGSS) entre otros, respecto de quienes, como el personal estatutario de los servicios de salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios. El Estatuto Marco, aunque contempla esta posibilidad, la condiciona a que, quienes tengan competencia para hacerlo, las CC.AA. a la sazón, así lo determinen en su ordenamiento específico “como consecuencia de un plan de recursos humanos” (artículo 26.4 de la Ley 55/03) (FJ 3).* De forma similar, el EBEP (DA 6.ª de la Ley 7/07), con relación a los funcionarios, admite también la misma posibilidad pero igualmente sometida y condicionada a que el Gobierno presente en el Congreso un estudio. Y, en fin, se subraya que la necesidad de este posterior desarrollo normativo aparece confirmada y ratificada con mayor claridad en la Ley 40/07.

3. Sin perjuicio de precisar algunos otros puntos a lo largo de este estudio, de los argumentos expuestos cabe deducir, *a priori*, una serie de consideraciones previas a un análisis más preciso. La primera que, en principio, no parece que quepa limitar la aplicación de la jubilación parcial al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas por cuanto se trata de trabajadores por cuenta ajena a los que les son de aplicación las normas laborales y de Seguridad Social correspondientes, perfeccionadas como apunta el Alto Tribunal a través de, entre otros, los artículos 166 de la LGSS y 12 de la LET, respectivamente. Al menos, esta restrictiva opción que efectúa el Tribunal extiende su similitud a los funcionarios públicos pero no limita su aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

La segunda se basa en el carácter particular de la sentencia citada, lo que significa que debe ser circunscrita al personal estatutario y a las normas por las que dicho personal se rige y que han sido objeto de interpretación por dicha sentencia ⁽¹³⁾. Es cierto que la sentencia hace referencia a la si-

13. No en vano, existe una consolidada jurisprudencia en unificación de doctrina en relación a diferentes aspectos de este personal que sólo puede entenderse de aplicación al mismo. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y

militud con el EBEP pero señala una diferencia entre el colectivo que analiza en su pronunciamiento, esto es, el personal estatutario y el de los funcionarios públicos y es que respecto de aquél considera necesario un «*desarrollo propio y específico, también reglamentario*» pero en relación a este último la condición para su ejecución se basa en «*la presentación de un estudio*» en idénticos términos a los previstos por la DA 7.^a de la Ley 40/07. Pero ni el compromiso adquirido ni el incumplimiento del mismo pueden justificar la inaplicación de una norma legal, al menos no si se entiende que la condición para la aplicación de dicha norma no puede ser la elaboración de un dictamen sino, y en su caso, la remisión a un posterior desarrollo reglamentario, alusión que no aparece en ninguna de las disposiciones mencionadas. Quizá esta decisión del Tribunal responda más, como ha señalado la doctrina, a un «*grave problema de caja, de falta de recursos, y no de falta de regulación jurídica o de posible desarrollo reglamentario... que frustra la consecución de un derecho claramente reconocido por la legislación vigente, dilatando en el tiempo el disfrute de la misma y, posiblemente, en algunos casos extremos, la consecución del anhelado derecho cuando el trabajador ya pueda ser beneficiario de la pensión de jubilación a los 65 años*»⁽¹⁴⁾. Habría pesado así, en exceso, una «*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, más 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*»⁽¹⁵⁾.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Pamplona, Aranzadi, 1999, y MONTOYA MELGAR, A.: «El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud», en AA.VV., *Personal Estatutario de la Seguridad*, Madrid, CGPJ, 2000, pp. 116-128.

14. DE SOTO RIOJA, J.M.: «La jubilación parcial y anticipada del personal estatutario de los servicios de salud», *Temas Laborales*, núm. 93, 2008, p. 257.

15. MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA, J.I.: «Jubilación parcial anticipada del personal estatutario de los servicios de salud», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, p. 242.

La tercera, y última, parte de la necesidad de acudir a la interpretación teleológica del propio EBEP, interpretación que, junto con la literal o sistemática utilizada por los Tribunales en este supuesto, también es admitida en Derecho. La Exposición de Motivos del EBEP explicita que con este Estatuto se trata de establecer «*los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público*». Por eso dicho Estatuto «*contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio*». Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, este Estatuto «*reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas*». En este sentido, esta norma «*sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado*». Se marca así la diferencia entre una relación en el ámbito público respecto de una relación en el sector privado, independientemente de la naturaleza híbrida que pueda tener el personal estatutario —en parte laboral y en parte funcionarial⁽¹⁶⁾, aun cuando cada vez se reconozca una tendencia funcionarial mayor en su regulación⁽¹⁷⁾, calificando la relación como «*funcionarial especial*» en el artículo 1 de la Ley 55/03—. Para ello se precisa tener en cuenta «*el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas. En virtud de él, la Administración General del Estado es, de los tres niveles territoriales de gobierno, la que cuenta en la actualidad con menor número de empleados. La progresiva y drástica reducción de sus efectivos, unida a los cambios en las funciones que realiza, no puede dejar de afectar a la estructura y articulación de la función pública a su servicio. En paralelo, la emergencia de las Administraciones autonómicas, que hoy cuentan prác-*

16. GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, CES, 1996, y PÉREZ GÁLVEZ, J.F.: *Comentarios al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Barcelona, Bosch, 2004.

17. SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Comentarios a la Ley 55/03, de 16 de diciembre, BOE del 17*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ticamente con la mitad de los empleados públicos del país, ha hecho aflorar sus propios problemas y necesidades de gestión de personal. Algo semejante puede decirse de las entidades locales, que presentan por lo demás hondas diferencias entre ellas, en las que el número de empleados ha experimentado también un importante crecimiento».

Eso no impide reconocer que la persistencia de una dualidad de regímenes, funcional y personal laboral, «*suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto*» (Exposición de Motivos del EBEP). Una dualidad que al ser reconocida por el EBEP ha supuesto su no desactivación, si bien precisamente de su persistencia pueden derivarse los principales defectos de esta norma propiciando que «*paradójicamente, los grandes aciertos del EBEP corran el peligro de convertirse en sus peores errores*»⁽¹⁸⁾. Y todo ello aceptando como su mayor aportación el hecho de que se configure un régimen específico para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, aunque sin una consideración propia como relación laboral de carácter especial⁽¹⁹⁾. Razón por la que «*negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan*» (Exposición de Motivos del EBEP).

Pues bien, es en este contexto de homogeneización de condiciones laborales del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el que se plantea la aplicación de la jubilación parcial. La diversidad de soluciones propuestas en torno a ésta genera una desigualdad que pudiera resultar discriminatoria para los colectivos de empleados públicos a quienes, reconociéndoles la norma su derecho a la jubilación parcial, los tribunales condicionan el acceso a esta última —como ocurre con el personal esta-

18. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», *Relaciones Laborales*, t. I, 2007, pág. 1083.

19. DE LA VILLA GIL, L.E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/07, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, <www.iustel.com>, núm. 14, 2007, pp. 1-11.

tuario— o la Administración les niega su ejercicio —en el caso de los funcionarios públicos—. Con todo, y centrado nuestro interés en el EBEP como normativa marco de derechos y obligaciones del empleado público, se analiza a continuación el precepto nuclear de dicha regulación, el artículo 67, que contempla la regulación de la jubilación de los funcionarios públicos y, dentro de ella, la jubilación parcial como modalidad de jubilación voluntaria por oposición a la regla general de la jubilación forzosa; procederá, posteriormente, la puntualización de algunos aspectos del régimen general de la jubilación parcial en su aplicación al empleo público, sea éste efectuado por personal laboral, estatutario o funcionario público para, finalmente, aludir a esta consideración sobre la desigualdad a modo de epílogo.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

2.1. SOBRE LA JUBILACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

2.1.1. *Las distintas regulaciones de la jubilación en la función pública*

1. Como se apuntara, el artículo 67 del EBEP define el régimen jurídico de la jubilación de los funcionarios públicos —a los que curiosamente con anterioridad se denominaban, como hoy, «*empleados del Estado*»⁽²⁰⁾—. Incluido en un capítulo genérico sobre la «*Pérdida de la relación de servicio*» tras la renuncia, la pérdida de la nacionalidad o la pena principal o accesoria de inhabilitación, la jubilación aparece como un motivo más de «*pérdida*» de dicha relación⁽²¹⁾.

20. GUAITA, A.: Voz «Funcionario Público», en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. X, Barcelona, Seix, 1968, p. 96.

21. Vid. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La selección y pérdida de la condición de empleado público —especial referencia a su aplicación a la Administración local—*, Barcelona, Atelier, 2008, y CEA AYALA, A.: «Algunas notas sobre la pérdida de la condición de funcionario público», *Actualidad Administrativa*, núm. 14, 2008, pp. 1600-1607.

Conviene destacar cómo la referencia a la jubilación sirve habitualmente para describir tanto la contingencia como la prestación, sin embargo el artículo 67 del EBEP no alude a la pensión de jubilación —regulada por las normas de Seguridad Social—, sino a la «pérdida» («extinción») de la relación de servicio, esto es, al retiro del trabajador. El artículo 14 del EBEP incluye la jubilación entre los «derechos individuales». En este caso, y a diferencia de lo que ocurre con el artículo 67 del EBEP, el artículo 14 delimita el derecho a la jubilación «según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables» [artículo 14.n) del EBEP] para todos los «empleados públicos» y no sólo para los funcionarios, único colectivo al que se refiere el artículo 67 del EBEP. La referencia queda completa si se tiene en cuenta asimismo que los empleados públicos tienen derecho «a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación» [artículo 14.o) del EBEP] ⁽²²⁾.

Pues bien, teniendo en cuenta que el EBEP desarrolla el régimen jurídico del «personal funcionario y en lo que proceda del personal laboral» al servicio de las distintas Administraciones Públicas (artículo 2.1 del EBEP) y que dichos empleados públicos se clasifican en «funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual» (artículo 8.2 del EBEP), a efectos de jubilación se aplicará el RGSS y el Régimen Especial de Seguridad Social previsto para la función pública [RD Leg. 670/87, de 30 de abril, BOE de 27 de mayo, por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas (en adelante, LCP), RD Leg. 4/00, de 23 de junio, BOE del 28, por el que se aprueba la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (en adelante LSSF) y RD 375/03, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, BOE de 11 de abril (en adelante, RGMA), básicamente]. Como es sabido, los funcionarios públicos organizan su protección social en torno a cuatro regímenes específicos: el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado (LSSF), el RGSS, el Régimen Especial de Funcionarios de Justicia (RD-Leg. 3/00, de 23 de junio, BOE del 24) y el Régimen Especial de los Funcionarios de

22. Algunas de estas consideraciones han sido ya expuestas en LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación de los funcionarios públicos...», ob. cit., pp. 673-718.

Lourdes López Cumbre

las Fuerzas Armadas (RD-Leg. 1/00, de 9 de junio, BOE del 14) ⁽²³⁾. Todos ellos, a excepción del RGSS, distinguen la protección de las prestaciones familiares (Ayuda Familiar), la asistencia sanitaria e incapacidad (Mutualismo a través de MUFACE, ISFAS o MUGEJU) y la protección de las contingencias de jubilación, viudedad, orfandad y a favor de familiares que se hará mediante el Sistema de Derechos Pasivos o Régimen de Clases Pasivas (LCP). Por lo demás, el Régimen Especial para los funcionarios públicos tiene un campo de aplicación delimitado legalmente por el artículo 10.2.d) de la LGSS, el artículo 3 y la DA 1.ª de la LMFP, los artículos 3, 6 a 21 del RGMA y el artículo 2 de la LCP, siendo el ámbito de aplicación de las Clases Pasivas más amplio que el del Régimen Especial, pues hay sujetos incluidos en el campo de aplicación de aquél que no lo están en éste. No ocurre así a la inversa, pues tienen la consideración de mutualista con derecho propio quien es o ha sido funcionario civil de la Administración del Estado acogido al régimen de Clases Pasivas. Aunque el denominado Régimen Especial contiene dos sistemas de protección (Mutualismo y Clases Pasivas), uno de ellos tiene un campo de aplicación mayor, el de Clases Pasivas respecto al Mutualismo ⁽²⁴⁾. La gestión del Mutualismo corresponde a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas, por su parte el Régimen de Clases Pasivas se gestionará de forma unitaria dentro del Ministerio de Economía y Hacienda.

2. El texto que contribuiría a dotar de cierta estabilidad a la protección social de los funcionarios —aunque no exento de la «*fragmentación, multiplicidad o diversidad*» a las que la doctrina recurre para caracterizar la evolución normativa de la función pública ⁽²⁵⁾— fue el Estatuto de Clases Pasivas de 1926 (RD-Ley de 22 de octubre de 1926, *Gaceta* del 23) ⁽²⁶⁾, si bien la

23. DE LA VILLA GIL, L.E.: *La Seguridad Social de la Administración Institucional*, Alcalá de Henares, ENAP, 1968.

24. Por todos, RODRÍGUEZ CARDO, I.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008.

25. SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M.: «Desarrollo histórico de la pensión de jubilación de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., p. 237.

26. JORDANA DE POZAS, L.: *Tendencias modernas sobre el Régimen de Clases Pasivas*, Madrid, 1926; VILDA SORIA, J.: «Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71,

aprobación de la Ley General de Mutualidades (Ley de 6 de diciembre de 1941, BOE del 16) conseguirá revitalizar la importancia de éstas manteniéndose desde entonces un sistema dual de protección —una parte cubierta por clases pasivas y otra por la Mutualidad correspondiente—⁽²⁷⁾. Con anterioridad, el Estatuto de 22 de julio de 1918 (*Estatuto Maura*) recogería en su Base Octava una disposición sobre la jubilación⁽²⁸⁾. Mas desde la aprobación del Estatuto de Clases Pasivas de 1926 se reconocen cuatro modalidades para acceder a la jubilación; una, por el cumplimiento de la edad; otra, ante el surgimiento de una imposibilidad permanente para el desempeño de las funciones propias del cargo; la tercera, por haber prestado cuarenta años de servicios efectivos al Estado; y la cuarta y con carácter excepcional, prevista para quienes queden incapacitados para el servicio como consecuencia directa de actos realizados en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo⁽²⁹⁾. Con aquella norma en vigor, la jubilación se solicitaba en el plazo de tres años desde el que se produjera el hecho causante y la pensión se calculaba en torno a dos parámetros concretos, el sueldo regulador en el momento del retiro y los años de servicio del funcionario. El sistema tenía que convivir ade-

1963, pp. 77-86, y DE LA VILLA GIL, L.E.: «Configuración de un régimen especial de Seguridad Social para funcionarios civiles del Estado», en *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos...*, ob. cit., pp. 303-338.

27. ROYO VILLANOVA, A.: «Clases pasivas», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Española*, Madrid, t. V, 1949, pp. 854-862, y SÁNCHEZ PERIS, V.: *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

28. «La jubilación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado que cobren haberes del mismo será forzosa a los 67 años de edad pudiendo los interesados solicitarla sin alegar causa a los 65 y también cuando lleven 40 de servicios, o antes si justifican imposibilidad física. Los funcionarios que al llegar a los 67 años de edad tuvieran más de 10 años y menos de 20 de servicios podrán continuar desempeñando sus cargos hasta completar este plazo, previo expediente de capacidad, que deberá instruirse todos los años. En todo caso se contarán para la jubilación los años de servicios que se hayan prestado como aspirante. A los funcionarios que al implantarse la ley y como consecuencia de sus preceptos deban ser jubilados por razón de edad y no hayan cumplido dos años en la actual categoría, se les reconocerá como regulador de haber pasivo el sueldo que disfruten, cualquiera que sea el tiempo durante el cual lo hayan percibido», apud MARTÍN REBOLLO, L.: «Catorce estaciones normativas sobre la jubilación de los funcionarios», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., p. 257.

29. JORDANA DE POZAS, L.: «La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España», *Cuadernos de Política Social*, núm. 12, 1951, pp. 9-27; y «Situación y necesaria reforma del Estatuto de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios dedicados al prof. Gascón y Marín*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 65-96, y DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Seguridad Social de los funcionarios públicos del Estado en España», en *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos...*, ob. cit., pp. 183-214.

Lourdes López Cumbre

más con un importante número de Montepíos creados en función de cualquier circunstancia corporativa, ministerial, por secciones, categorías, criterios territoriales, etc., con una falta de uniformidad que suponía una rémora en el funcionamiento de la cobertura ⁽³⁰⁾.

La LBSS/63 (Ley de 28 de diciembre de 1963, BOE del 30) incluirá en su campo de aplicación a los funcionarios públicos civiles y militares cualquiera que fuera su situación (Base Segunda) ⁽³¹⁾. A tal fin establece la necesidad de crear un Régimen Especial para los funcionarios públicos civiles y militares y funcionarios de las entidades estatales autónomas [Base Tercera 10.a) y c)] y otro distinto para el personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares [Base Tercera 10.h)] conformando las bases de un sistema más garante de la protección social de los funcionarios públicos ⁽³²⁾. Sin embargo, la Ley 30/65, de 4 de mayo, BOE del 5, de Derechos Pasivos agudizó no sólo las diferencias sino el distanciamiento de una protección más o menos uniforme entre los derechos de protección social de los trabajadores por cuenta ajena y los de los funcionarios pretendida por LBSS/63, amén de establecer una distinta protección entre los funcionarios de las diferentes Administraciones (civil, militar, Administración de Justicia y Administración Local) renuentes aquellos que los tuvieran a ceder ninguno de sus privilegios ⁽³³⁾. Con esta Ley se alcanzaría un régimen de jubilación en la función pública muy similar al actual. Así, se recoge un régimen de jubilación forzosa (a los 65 años para los subalternos, a los 70 para los técnicos o administrativos y a edades di-

30. DE LA VILLA GIL, L.E.: «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos», en *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos...*, ob. cit., pp. 109-166.

31. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el RGSS. Una tarea pendiente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 183, 1998, pp. 24-46.

32. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963, pp. 67-76; ROYO VILLANOVA, A.: «Concepto de funcionario público», *Revista de Administración Pública*, núm. 44, 1964, pp. 2-14; GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid, Marcial Pons, 1997; ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, *Ibidem*, 1998, y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos...*, ob. cit.

33. DE LA VILLA GIL, L.E.: «Comentario al Proyecto de Ley de derechos pasivos», en *Estudios sobre Seguridad Social de los Funcionarios Públicos...*, ob. cit., pp. 168-182.

ferentes para los funcionarios de cuerpos especiales), una jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, una jubilación voluntaria a partir de los 60 años de edad siempre que al funcionario le faltaran cinco o menos años para la jubilación forzosa y una jubilación extraordinaria si la incapacidad del funcionario se produce en acto de servicio o como consecuencia de accidente o riesgo inherente al cargo ocupado. Por su parte, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/64, de 7 de febrero, BOE del 15) dispondrá la jubilación forzosa a los 70 años para los funcionarios de los cuerpos técnicos y administrativos y a los 65 años para los funcionarios de los cuerpos auxiliar y subalterno (artículo 39). Cualquiera de ellas es compatible con la posible pensión de jubilación a que tenga derecho el funcionario del Montepío o Mutualidad a que pertenezca. Por lo demás, la Ley de Derechos Pasivos (Decreto 1120/66, de 21 de abril, BOE de 6 de mayo) establecerá que la jubilación por edad es forzosa «*y habrá de decretarse automáticamente al alcanzar el funcionario la edad que para cada caso esté legalmente establecida, cualquiera que sea la situación administrativa en que el funcionario se encuentre*» (artículo 27.1)⁽³⁴⁾. Finalmente, la Ley 29/75, de 27 de junio, BOE del 30, de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos intentará la reordenación de la protección mutualista de los funcionarios, creando una única Mutualidad para los funcionarios civiles del Estado (MUFACE) en la que deberán estar integrados obligatoriamente los funcionarios jubilados forzosos y voluntarios de clases pasivas⁽³⁵⁾. En ella se contempla la protección de unas prestaciones básicas o exclusivas (tales como la asistencia sanitaria, asistencia social, subsidios de incapacidad temporal, natalidad, recuperación tras incapacidad permanente, etc.) y unas prestaciones complementarias (jubilación, viudedad, orfandad y a favor de familiares) configuradas como independientes y compatibles con las derivadas de clases pasivas.

3. La Ley de Funcionarios de 1964 fue derogada por la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública, Ley 30/84, de 2 de agosto, BOE del 3,

34. GARRIDO FALLA, E.: «La nueva reforma de la legislación de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 13, 1977, pp. 20-46.

35. SEMPERE NAVARRO, A. y OLIVARES FRANCO, F.: «Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE», *Revista de Política Social*, núm. 44, 1984, pp. 12-34.

(LMFP), que en su primera versión dispondrá que la «*jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad*» (artículo 33) con aplicación de esta norma a todas las Administraciones Públicas (artículo 1.3). Ahora la Disposición Derogatoria Única del EBEP deroga dicho precepto y lo sustituye por el citado artículo 67 y en el que, por este orden, la jubilación voluntaria, forzosa, por incapacidad permanente y parcial aparecen como modalidades de jubilación (ya no de retiro). Prima, por tanto, en el nuevo esquema establecido por el legislador la jubilación al retiro y la jubilación voluntaria sobre la forzosa, toda vez que antes del EBEP la jubilación forzosa aparecía en primer término. Por su parte, la Ley de Clases Pasivas reconoce tres tipos de jubilación o retiro en su artículo 28.2 tales como la jubilación forzosa, con declaración automática al cumplir la edad reglamentaria de jubilación; la voluntaria, declarada a instancia de parte cuando el interesado haya cumplido sesenta años y tenga acreditados treinta años de servicios efectivos al Estado; y la jubilación por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, declarada de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado esté afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera.

Al margen de que todas estas cuestiones pongan de manifiesto la necesidad de proceder a una homogeneización no sólo de las condiciones laborales sino de los regímenes de protección social, previsiblemente a través de la integración en el RGSS de todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas⁽³⁶⁾, lo cierto es que perviven aún situaciones diferenciadas —incluso discriminatorias⁽³⁷⁾— que el EBEP ha querido aproximar dentro de su tendencia a garantizar un mismo régimen jurídico para su personal⁽³⁸⁾.

36. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente», ob. cit., pp. 105-126.

37. Sobre la aplicación de los principios constitucionales al empleo público, vid. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *Constitución y empleo público*, Granada, Comares, 2000.

38. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.

2.1.2. La jubilación forzosa como norma

1. Para el funcionario público, la jubilación forzosa constituye la regla general, lo que permite cuestionar aquí más que en la relación laboral la naturaleza del «derecho» a la jubilación. La jubilación forzosa es a la función pública lo que la jubilación voluntaria a la legislación laboral⁽³⁹⁾. Es el derecho que los ciudadanos tienen a que los servicios públicos funcionen, ese mejor funcionamiento de la Administración, lo que se utiliza como justificación para condicionar los derechos de los funcionarios o de los empleados públicos, lo que legitima, en fin, cualquier limitación a esta institución⁽⁴⁰⁾. A diferencia de otros tipos de jubilación (como la parcial, por ejemplo), en los que el legislador laboral ha proyectado su influencia hacia la función pública, con la jubilación forzosa ocurre lo contrario⁽⁴¹⁾. Ha sido la normativa de los funcionarios públicos la que ha guiado en cierta medida a la LET, viéndose condicionada ésta por la relación tripartita necesaria entre cumplimiento de edad-cese definitivo-cobro de pensión. El Tribunal Constitucional rechaza que al establecer la jubilación forzosa en la función pública se esté vulnerando el derecho al trabajo contenido en el artículo 35.1 de la CE. En primer lugar, porque, en su opinión, no cabe una aplicación automática del derecho al trabajo a las relaciones funcionariales y, en segundo término, porque considera que dicho derecho «no supone el de continuar en el ejercicio de una función pública hasta una determinada edad, ni menos aún, si cabe, el de hacerlo indefinidamente» (STC 108/86, FJ 2).

Sin embargo, tanto en un caso como en otro, tanto en el ámbito laboral como en la función pública, la edad de jubilación forzosa se interpreta como una causa de incapacidad del trabajador o del funcionario para trabajar, algo que ha sido seriamente cuestionado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su STC 22/81. La única diferencia entre el régimen laboral y

39. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, Fundación MAPFRE, 1988, p. 60.

40. PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 26.

41. LÓPEZ CUMBRE, L.: «Las nuevas jubilaciones forzosas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, <www.iustel.com>, núm. 10, 2006, pp. 1-22.

Lourdes López Cumbre

el funcional es que en uno es necesario acreditar dicha incapacidad —el laboral— y en el otro —el funcional— se presume *ius et de iure* por el mero cumplimiento de la edad fijada por el legislador⁽⁴²⁾. Por lo demás, demostrar de forma generalizada que la Administración funciona mejor con empleados que se jubilan a los 65 o a los 70 años no resulta fácil. De acuerdo con la STC 22/81 «*algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada... Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades... lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquier que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen*» (FJ 5). Cualquier «*incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et de iure carecería de base constitucional*». La principal diferencia con la legislación laboral es que el funcionario que ingresa en el servicio se sitúa ante una realidad jurídica objetiva y definida por lo que conoce *ex ante* cuándo finalizará su prestación de servicios (STC 99/87). A lo que hay que añadir que, a diferencia de lo que sucede en la legislación laboral, la jubilación forzosa no guarda relación alguna con una política de fomento (o mantenimiento) del empleo. Quizá tuviera sentido extender esta misma exigencia a la Administración, sin perjuicio de comprobar que nunca ha sido éste interés explícito del legislador en la función pública⁽⁴³⁾.

2. Admitida, pues, la fijación de una edad de jubilación forzosa con carácter ordinario en la función pública, el artículo 67.1.b) del EBEP establece que el funcionario deberá jubilarse forzosamente al cumplir la edad fijada legalmente, declarándose de oficio con 65 años de edad (artículo 67.3 del EBEP), salvo en el caso en que existan normas estatales específicas. La Ley de Funcionarios Civiles de 1964 había fijado la edad de jubilación forzosa a los 70 años en su artículo 39 al disponer cómo «*la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario setenta años de edad, si*

42. SÁNCHEZ PERIS, V.: *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos...*, ob. cit., p. 30.

43. ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 55.

pertenece al Cuerpo Técnico de Administración civil o al Administrativo; setenta y cinco años, si pertenece al Cuerpo Auxiliar o Subalterno o la edad reglamentaria en cada uno de los cuerpos especiales»⁽⁴⁴⁾. Pero con la LMFP se decidió derogar este precepto y la edad fue rebajada a los 65 años con carácter general, lo que provocó una gran litigiosidad. Serán las SSTC 108/86, 99/87 o 70/88 las que analicen con más detalle la adecuación de esta reforma a los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos y de seguridad jurídica, prohibición de privación de bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante indemnización, etc.⁽⁴⁵⁾. Para paliar los posibles perjuicios generados se crearon las denominadas «ayudas a la jubilación anticipada» previstas para todo el personal funcionario de la Administración civil y militar del Estado que se jubilaba forzosamente antes del transcurso de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 30/84 y que, como consecuencia de esta ley, veía reducida su edad de jubilación forzosa⁽⁴⁶⁾.

Con ser éste un problema real, resuelto en los términos apuntados y hoy pudiera decirse que con carácter definitivo, resulta más difícil fundamentar edades de jubilación forzosa diferente en función de los distintos Cuerpos, Escalas o categorías de funcionarios en las que se apliquen. Y es que, como se ha indicado, los artículos 67.1.b) y 67.3 del EBEP fijan una edad de jubilación forzosa a los 65 años de edad pero admiten la excepción de normas estatales específicas con edades diferentes. De ahí que

44. Vid. CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona, Cedecs, 1996.

45. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre la jubilación forzosa de los funcionarios. Nota a la STC 108/86, de 29 de julio», *Relaciones Laborales*, 1987, t. I, pp. 332-353.

46. Consistentes en una percepción por una sola vez, el funcionario deberá haber completado quince años de servicios efectivos al Estado y recibirá en concepto de ayuda a la adaptación de las economías individuales a la nueva situación una cantidad igual al importe de cuatro mensualidades del sueldo base y grado de carrera administrativa correspondiente a cada caso individual a 31 de diciembre de 1984. En las mismas condiciones, los funcionarios de la Administración civil y militar que hubieran visto reducida su edad de jubilación en menos de seis meses, tenían derecho a una cantidad igual a la sexta parte de la referida por cada mes natural o fracción del mismo en que hubieren visto reducida su edad de jubilación forzosa. Con posterioridad y tanto por vía legislativa como jurisprudencial este tipo de ayudas fueron ampliándose a otros funcionarios hasta abarcar prácticamente a la totalidad. Vid. DOLZ LAGO, M.: «Peculiaridades de la pensión de jubilación en el régimen especial de funcionarios públicos», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., p. 2010.

el elemento más determinante de este régimen se halle en la excepción y no tanto en la regla. El funcionario de carrera deberá jubilarse a los 65 años de edad, salvo en aquellos supuestos en que las normas estatales específicas de jubilación indiquen algo distinto. Son varios los colectivos para los que el legislador ha dispuesto una edad diferente a la de 65 años para su jubilación forzosa, normalmente la de 70 años. Así ocurre, por ejemplo, con magistrados, jueces, fiscales y secretarios judiciales que accederán a la jubilación forzosa a los 70 años, pudiendo asimismo jubilarse a los 65 años si lo solicitan con seis meses de antelación al Consejo General del Poder Judicial o los funcionarios de cuerpos docentes universitarios que se jubilarán a los 70 años de edad, pudiendo optar por hacerlo a la finalización del curso académico en que hubieran cumplido dicha edad⁽⁴⁷⁾ o, en fin, los registradores de la propiedad, que también accederán a los 70 años de edad.

2.2. EL RECONOCIMIENTO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO JUBILACIÓN VOLUNTARIA

2.2.1. *La incentivación de la jubilación voluntaria en la función pública frente a la regla general de la jubilación forzosa*

1. El artículo 67.4 del EBEP condiciona el reconocimiento de la jubilación parcial a dos requisitos: uno, que se produzca a solicitud del interesado y, dos, que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Pues bien, siendo la jubilación forzosa la fórmula históricamente dispuesta para jubilar a los funcionarios públicos, el EBEP prefiere encabezar la lista de posibles jubilaciones con la jubilación voluntaria y señala, además, que la jubilación parcial deberá producirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.2 y 67.4, esto es, la regulación sobre la jubilación voluntaria y la parcial, respectivamente. Ello puede responder a una intención del legislador, a sa-

47. FERNÁNDEZ PROL, F.: «Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2006, pp. 1010-1026.

ber, la de priorizar, incentivar, recomendar, potenciar la jubilación voluntaria que necesariamente deberá ser una jubilación anticipada en relación a la edad de jubilación forzosa establecida en cada caso. La jubilación voluntaria depende exclusivamente de la solicitud del funcionario, ex artículo 67.1.a) del EBEP. Procederá la misma siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 67.2 del EBEP. Tan sólo en el caso de la jubilación voluntaria y parcial, la ley «*podrá establecer*» —aunque no necesariamente— condiciones especiales para la misma «*con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos*» (artículo 67.2 del EBEP).

2. Ya en la Ley de Bases de 22 de julio de 1918, el funcionario podía acceder a su jubilación voluntaria en dos supuestos, a los 65 años de edad, por un lado, o cuando llevara cuarenta años de servicios, por otro, y en ambos casos sin alegar causa o motivo alguno para proceder a su jubilación. Este mismo régimen se mantuvo en la Ley de Funcionarios de 1964 al condicionar en su artículo 39.3 la jubilación voluntaria al hecho de haber cumplido 60 años o llevar treinta años de servicios efectivos prestados. Como puede observarse, esta reforma suponía una notable rebaja a las condiciones anteriores (de 65 años de edad a 60 y de cuarenta años de servicios a treinta). Pero unos años más tarde (Decreto Ley 8/67, de 13 de julio, BOE del 14) los requisitos para acceder a la jubilación voluntaria se endurecerían al prescribir que la misma sólo pudiera ser solicitada cuando el funcionario tuviera 60 años y además le faltaran cinco o menos para la jubilación forzosa por edad o cuando llevara cuarenta años de servicios efectivos en la función pública. De nuevo se volvía, al menos en uno de los requisitos —el de los años de servicios efectivos— al régimen anterior, mucho más rígido que el reformado. La LMFP derogaría esta normativa e incluiría en su DT 8.6 la figura de la jubilación anticipada que hoy se recoge en la LCP, y que dispone la jubilación voluntaria a los 60 años de edad con treinta años de servicios efectivos prestados, siendo los dos requisitos cumulativos.

En todo caso, y pese a la tendencia en el sector privado por incentivar la permanencia en el puesto de trabajo más allá del cumplimiento de la edad de jubilación, la Administración decide optar aquí y desde la LO 1/90, de 3 de octubre, BOE del 4 (LOGSE) por una jubilación anticipada, subra-

yando la necesidad de rejuvenecer sus plantillas. El Ministerio de Administraciones Públicas reconocía en 2005 la necesidad de rejuvenecer la plantilla con una edad media de 47 años, elevada para conseguir los objetivos de modernización pretendidos en la Administración. Teniendo en cuenta que parte de los trabajadores son personal laboral y están integrados en el RGSS les serán de aplicación las normas propias de jubilación anticipada previstas en dicho régimen. En similar situación se encuentran los funcionarios integrados en el RGSS (pertenecientes a las CC.AA., Corporaciones Locales, Diputaciones, Organismos Autónomos, Universidades públicas, funcionarios interinos, personal estatutario, etc.), y que deberán tener idénticos derechos en relación a la jubilación.

2.2.2. Requisitos generales y procedimiento aplicable en el acceso a la jubilación voluntaria en la función pública

1. Los requisitos generales que permiten acceder al funcionario a la jubilación voluntaria son dos básicamente: el cumplimiento de la edad de 60 años y la acreditación de treinta años de servicios efectivos al Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.2.b) de la LCP que recoge el supuesto genérico de jubilación anticipada voluntaria en la función pública. Constituye un derecho del funcionario, lo que supone una obligación para la Administración de ser así requerido por aquél.

Teniendo en cuenta que la edad de jubilación forzosa se fija para la función pública en 65 años con carácter general, la jubilación voluntaria será anticipada y podrá solicitarse a partir de los 60 años cuando el funcionario acredite además treinta años de servicios efectivos. El régimen de jubilación voluntaria en clases pasivas coincide con el régimen de jubilación anticipada toda vez que se trata de una jubilación que se lleva a cabo antes de la edad normal de jubilación forzosa, que es la común en este colectivo. En algunos casos, no obstante, esta coincidencia puede derivar en confusión (derecho a la reserva en el puesto de trabajo de los militares o la jubilación por incapacidad permanente que se produce siempre antes del cumplimiento de la edad de jubilación forzosa). Será el artículo 32 de la LCP el que enumere las situaciones que deben ser consideradas como servicios efectivos al Estado y lo hace con carácter cerrado, por lo que difícilmente po-

drá ampliarse el listado allí contenido⁽⁴⁸⁾. Además, el artículo 32 de la LCP establece que se tendrán en cuenta todos los períodos que el personal tenga reconocidos como de cotización a cualquier régimen público de Seguridad Social o sustitutorio de éste o a la Mutualidad Nacional de Previsión Social, siempre que la prestación laboral que haya dado lugar a ellos no sea simultánea con los servicios al Estado o el que se tenga reconocido a efectos de Seguridad Social en otros países, cuando exista a tal efecto un convenio o reglamento aplicable al régimen de clases pasivas y en los términos regulados en el citado convenio o reglamento. A tal efecto se considera aplicable lo dispuesto en el RD 691/91, de 12 de abril, BOE de 1 de mayo, sobre cómputo recíproco de cotizaciones entre los distintos regímenes de Seguridad Social y clases pasivas.

2. El procedimiento de jubilación voluntaria deberá iniciarse a solicitud del funcionario interesado mediante escrito en el que habrá de precisar la fecha en la que el funcionario desea ser jubilado. La jubilación anticipada tiene que ser expresamente solicitada por el beneficiario sin que quepa intervención alguna por parte de la Administración en tanto la tramitación de este tipo de pensión en clases pasivas será tan sólo a instancia de parte (STS —Cont. Admin.— de 22 de febrero de 1993, Ar. 1181, FJ 1). Cuando proceda la jubilación se le declarará al funcionario jubilado y se iniciará de oficio un procedimiento para reconocer la prestación que le corresponda por parte del órgano gestor competente que, por regla general, será la de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda (u homóloga), procedimiento regulado por RD 172/88, de 22 de febrero, BOE de 2 de marzo. No será éste, sin embargo, el órgano competente para reconocer los servicios efectivos pues tal decisión será previa a su actuación (STS —Cont. Admin.— de 27 de septiembre de 2004, Ar. 6807, FJ 2).

48. Se trata de todos los períodos de servicio activo o permanencia en situaciones de servicios especiales, excedencia especial, supernumerario, excedencia forzosa y situaciones similares; todos los que se deriven de resoluciones aplicando disposiciones sobre indulto o amnistía por causas de intencionalidad política que hagan referencia a la Guerra Civil de 1936-39; todos los que hayan permanecido con un máximo de tres años en prácticas o como alumnos de las Academias y Escuelas Militares a partir de la promoción a caballero alférez-cadete, alférez-alumno, sargento-alumno o guardiamarina; el tiempo que exceda del período obligatorio de servicio militar, conforme a lo que en cada momento estuviese regulado, de acuerdo con el artículo 32.2 de la LCP; y, en fin, todos los períodos que se hayan reconocido como de servicios a la Administración al amparo de la Ley 70/78, de 26 de diciembre, BOE del 30, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública.

Lourdes López Cumbre

El interesado deberá dirigir su escrito al órgano de jubilación competente de entre los citados anteriormente, dando cuenta a la Dirección del centro, dependencia u organismo donde preste sus servicios, debiendo ser presentado, al menos, con tres meses de antelación a la fecha prevista para la jubilación. Iniciado el procedimiento, el órgano de jubilación comprobará que el funcionario reúne los requisitos y condiciones necesarios para la jubilación voluntaria y, efectuado este trámite, dará vista al interesado del expediente instruido, incluida la propuesta de resolución elaborada, para que éste, en un plazo máximo de quince días, presente las alegaciones que estime oportunas debidamente justificadas. El órgano de jubilación dictará resolución que, de ser favorable, se efectuará al menos con dos meses de antelación a la fecha solicitada para la jubilación, quedando demorada la eficacia hasta dicha fecha. Si al interesado le faltase alguno de los requisitos y condiciones necesarios para la jubilación, el órgano de jubilación dictará resolución motivada denegatoria que será notificada al interesado y a la Dirección del centro, dependencia u organismo donde el funcionario esté prestando servicios.

2.2.3. La cuantía de la pensión de jubilación voluntaria

1. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, no se produce aquí reducción alguna en la cuantía pese a que se trate de una jubilación anticipada. Así, el cálculo se hará con el esquema general que la LCP utiliza para la jubilación forzosa. A tal fin, se utilizará el haber regulador establecido en la LPGE y el porcentaje que corresponda en función de los años de servicios efectivos. Con una salvedad, y es que el subsidio de jubilación (la prestación económica complementaria) previsto en el artículo 131 del RGMA sólo se aplica a las jubilaciones forzosas o por incapacidad, por lo que no procederá si se trata de una jubilación voluntaria y, por tanto, anticipada. Para la jubilación forzosa —y, por ende, para la voluntaria— la LCP prevé que la base a partir de la cual se efectúe el cálculo de la pensión estará constituida por los haberes reguladores aplicables para la concreción de la cuantía inicial de la misma, recogida anualmente por la LPGE para cada ejercicio económico (artículo 30.1 de la LCP).

Este haber regulador constituye una cantidad fija en función del Grupo al que el funcionario pertenece. La LCP dispone una escala de porcentajes

crecientes en función de los años de servicio completos reconocidos del funcionario. Desde 1990, el 100% se consigue con treinta y cinco años de servicios. No se tienen en cuenta en este caso las retribuciones reales constitutivas de las bases reguladoras como en el RGSS sino unos haberes reguladores objetivos, cantidades que se articulan sobre las retribuciones básicas de los funcionarios —sensiblemente inferiores a las complementarias—, por lo que la pensión no responderá a la correlación entre ingresos reales en activo y pensión de jubilación. En ningún caso el importe de los haberes reguladores correspondientes al funcionario se entenderá incrementado con el de las pensiones anejas a cruces, medallas y recompensas, sin perjuicio del percibo de éstas por la vía que proceda (artículo 30.5 de la LCP).

2. En el caso del personal que, desde la fecha de su ingreso al servicio del Estado hasta el momento de ser declarado jubilado o retirado, haya prestado servicios en el mismo Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría, se tomará para el cálculo de su pensión anual de jubilación o retiro, forzoso o voluntario, el haber regulador que le corresponda. A él se aplicará, a idéntico efecto, el porcentaje de cálculo que, atendidos los años completos de servicios efectivos al Estado que tuviera reconocidos proceda de entre los establecidos en la escala prevista en el artículo 3.1 de la LCP en la redacción dada al precepto por la Ley 4/90, de 29 de junio, BOE del 30, partiendo de un 1,24% del haber regulador con un año de servicio para alcanzar a los treinta y cinco o más años de servicio el 100% del haber regulador.

En el supuesto de que, desde la fecha de ingreso al servicio del Estado hasta el momento de ser declarado jubilado o retirado, haya prestado servicios en distintos Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o categorías, el cálculo de la correspondiente pensión de jubilación o retiro forzoso o voluntario se hará a través de la fórmula contenida en el artículo 31.2 de la LCP. Fórmula que resultará de aplicación incluso aunque los servicios prestados pudieran dar origen, individualmente considerados, a pensiones distintas (artículo 31.2 de la LCP). A efectos de los porcentajes a aplicar, las fracciones de tiempo superiores al año que correspondieran a los distintos servicios prestados por el personal se computarán como tiempo correspondiente a los servicios prestados a continuación hasta llegar a los servicios últimamente prestados en los que el exceso de tiempo resultante no se computará (artículo 31.3 de la LCP). La cuantía mensual de las

pensiones se obtendrá dividiendo por catorce la pensión anual determinada conforme a la aplicación del porcentaje aplicable al haber regulador (artículo 31.5 de la LCP) y, de oficio o a instancia de parte, podrán excluirse períodos de servicio acreditados cuando su toma en consideración diera lugar a un menor importe de la pensión que, en otro caso, se hubiera obtenido (artículo 31.6 de la LCP). En todo caso, los efectos económicos de la jubilación del funcionario comienzan desde el primer día del mes siguiente a aquel en que solicitó la jubilación.

2.2.4. Supuestos especiales de jubilación voluntaria en la función pública

1. Junto a este régimen de jubilación voluntaria anticipada (60 años de edad y treinta de servicios efectivos) dispuesto para los funcionarios públicos con carácter general la norma prevé numerosas menciones específicas en distintos colectivos de funcionarios. De hecho, se considera que existen cinco tipos de jubilación anticipada en la función pública: a) jubilación anticipada como jubilación voluntaria por contraposición a la forzosa contenida en el artículo 28.2.b) de la LCP ya expuesta; b) jubilación anticipada para el personal civil de la Administración del Estado que ocupe destino en servicios centrales o periféricos de Madrid y que pertenezca a cuerpos o escalas afectados por el proceso de transferencia de medios y competencias a las CC.AA., jubilación regulada en la DT 3.^a de la LCP y en la DT 8.6 de la LMFP; c) jubilación anticipada que se regula en el artículo 34 de la LMFP conforme a la modificación introducida en 1993 (Ley 22/93, de 29 de diciembre, BOE del 31) y que puede ser reconocida a los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo o en el caso específica de las CC.AA. y Corporaciones Locales en atención a medidas de jubilación anticipada adoptadas en el marco de planes de racionalización de sus recursos (DA 21.^a de la LMFP); d) jubilación anticipada específica para algunos funcionarios docentes no universitarios y con la finalidad de rejuvenecer y renovar el profesorado de los niveles educativos inferiores al universitario con carácter transitorio aunque prorrogada; e) jubilación an-

tipitada a los 65 años para los funcionarios docentes universitarios para los que la edad de jubilación forzosa está fijada a los 70 años.

Aun cuando cada uno de estos supuestos dispone de regulación propia, algunos elementos son comunes. Así, la voluntariedad en el acceso a la misma para distinguirla del normal recurso en la función pública a la jubilación forzosa; la competencia estatal en su regulación por entender que la jubilación es una causa de pérdida de la condición de funcionario, lo que forma parte del núcleo esencial del estatuto del funcionario; el principio de legalidad, puesto que los derechos pasivos forman parte de dicho estatuto y están afectados por la reserva de ley que prevé el artículo 103.3 de la CE —aunque también la negociación colectiva pueda incidir, de acuerdo con lo que establece el artículo 32.f) de la Ley 9/87, de 12 de junio, BOE del 17, «*en la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas*» y, en particular, en aquellas materias que afecten a la «*Seguridad Social o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley*», ex artículo 32.j)—; y, en fin, el principio de equiparación prestacional, lo que supone que el funcionario no sufra merma alguna y no se le aplique ningún tipo de coeficiente reductor en la cuantía de la pensión por el hecho de jubilarse anticipadamente, como sí ocurre con los trabajadores por cuenta ajena⁽⁴⁹⁾.

2. Con un carácter meramente enunciativo podría apuntarse que, en relación al personal civil de la Administración del Estado que ocupe destino en servicios centrales o periféricos de Madrid y que pertenezca a Cuerpos o Escalas afectados por el proceso de transferencias de medios y servicios a las CC.AA., existirá una clase especial de jubilación anticipada que podrá declararse por el Gobierno, previo informe de la Comisión Superior de Personal y a propuesta del Ministerio para las Administraciones Públicas⁽⁵⁰⁾. Es cierto que el EBEP deroga la DT 8.6 de la LMFP pero mantiene la vigencia de la DT 3.^a de la LCP en la que se contempla todo lo anterior, por lo que ha de considerarse la posibili-

49. ALFONSO MELLADO, C.: «La jubilación anticipada y la prejubilación de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., p. 2033.

50. ALFONSO MELLADO, C.: *ibidem*, p. 2044.

Lourdes López Cumbre

dad de acudir a este supuesto sin requerir edad o servicios efectivos en una cantidad concreta más allá del poder que le confiere la norma al Gobierno de aceptar dicha jubilación, a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas, y previo informe de la Comisión Superior de Personal. Por lo que se refiere a la jubilación voluntaria incentivada por reasignación de efectivos recogido en el artículo 34 de la LMFP (tras la reforma llevada a cabo por la Ley 22/93, cuyo artículo 27 añadió un nuevo artículo 34 de la LMFP), los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentran en situación de expectativa de destino o excedencia forzosa como consecuencia de un Plan de Empleo podrán solicitar la jubilación voluntaria anticipada, siempre que tengan 60 años, acrediten treinta años de servicios y posean las condiciones y requisitos establecidos en el Régimen de Seguridad Social en que estén encuadrados⁽⁵¹⁾.

La LO 2/06, de 3 de mayo, BOE del 4, de Educación prevé asimismo un régimen de jubilación anticipada voluntaria al establecer su DT 2.^a que los funcionarios de los cuerpos docentes no universitarios incluidos en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado tendrán la opción de acogerse a un régimen de jubilación voluntaria singular durante el período de cinco años de implantación de la Ley, cuando, además de tener 60 años cumplidos, acrediten quince años de servicios efectivos al Estado. Para ello deberán haber permanecido en activo ininterrumpidamente en los quince años anteriores a la fecha en que formulen la correspondiente solicitud en puestos pertenecientes a las respectivas plantillas de centros docentes, o que durante una parte de ese período hayan permanecido en situación de servicios especiales o hayan ocupado un puesto de trabajo dependiente funcional u orgánicamente de las Administraciones educativas, o bien les haya sido concedida excedencia por cuidado de hijos o de algún familiar en los términos establecidos en el artículo 29.4 de la LFP. Por lo que respecta a los funcionarios docentes universitarios, la Resolución de 21 de junio de 2007 por la que se dictan Instrucciones para aplicar el EBEP señala que la DA 15.^a de la

51. DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 325.

LMFP, «en tanto que contiene normas estatales específicas de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes, incluidos los de niveles de enseñanza universitaria», continúa en vigor. La Ley 27/94 introdujo una nueva redacción para dicha DA 15.^a de la LMFP y dispuso que tales funcionarios pudieran jubilarse «una vez que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad, siempre que así lo hubieren solicitado en la forma y plazos que establezcan reglamentariamente. En estos supuestos, la efectividad de la jubilación estará referida, en cada caso, a la finalización del curso académico correspondiente». Esta DA 15.^a añadiría que «se entiende sin perjuicio de los demás supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos», lo que quizá pudiera ser interpretado como que el requisito de la edad es necesario sin que quepa el recurso a los treinta años de servicios de la normativa general⁽⁵²⁾. Interpretación correcta que conduce a establecer dos tipos de jubilación anticipada para los funcionarios docentes universitarios: la propia, esto es, la contenida en la DA 15.^a de la LMFP (vigente ex Resolución de 21 de junio de 2007) y que permite acceder a la jubilación anticipada voluntaria a partir de los 65 años de edad (puesto que a este colectivo se le reconoce el derecho a la jubilación forzosa a los 70 años) sin ningún otro requisito adicional; y la general, esto es, la derivada de lo dispuesto en el artículo 28.2.b) de la LCP en virtud de la cual el funcionario docente universitario podrá acceder a la jubilación anticipada voluntaria si cumple 60 años y acredita treinta años de servicios efectivos al Estado —no otro puede ser el sentido de la aceptación, también en la DA 15.^a de la LMFP, de «los demás supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos»—. Finalmente conviene apuntar que tanto Jueces como Magistrados tienen derecho, como los universitarios, a una jubilación voluntaria a partir de los 65 años (artículo 386.2 de la LOPJ) y que para el personal estatutario es el ya citado artículo 26.4 de su Estatuto Marco el que recoge el régimen propio de la jubilación voluntaria⁽⁵³⁾.

52. MARTÍN REBOLLO, L.: «Catorce estaciones normativas sobre la jubilación de los funcionarios», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., p. 267.

53. Vid. más ampliamente LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación de los funcionarios públicos...», op. cit., p. 683.

Lourdes López Cumbre

2.3. LA APLICACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

2.3.1. *La compatibilidad entre trabajo y pensión en la función pública al margen de la jubilación parcial*

1. Perteneciendo la jubilación parcial, según el diseño establecido por el EBEP, a la categoría general de jubilación voluntaria no cabe sino considerar que lo expuesto en relación a esta última le es de aplicación a aquélla. La diferencia estriba en que los supuestos de jubilación voluntaria precitados han sido concebidos con carácter pleno y no a tiempo parcial. Mas si, como parece, se tiende a consolidar un régimen de jubilación parcial en el empleo público, todos ellos o la mayor parte de los mismos deberán poder disfrutarse también en régimen parcial.

Y todo ello pese a que, con carácter general, siga rigiendo la regla de la incompatibilidad entre pensión y trabajo. Como es sabido, las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (artículo 1.1 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, BOE de 4 de enero de 1985) salvo en el caso de los profesores universitarios eméritos (DA 9 de la Ley 53/84) o cuando no se perciban retribuciones periódicas por el desempeño de cargos electos como miembros de las Asambleas Legislativas de CC.AA. o Corporaciones Locales (artículo 5.1 de la Ley 53/84). La percepción de las pensiones afectadas por esta incompatibilidad quedará en suspenso, por meses completos, hasta el cese de sus titulares en el desempeño de dicho puesto de trabajo, sin que ello afecte a los incrementos que deban experimentar tales pensiones (artículo 33.2 de la LCP). De hecho, la situación económica de los perceptores de pensiones de jubilación o retiro se revisará de oficio con la periodicidad que reglamentariamente se determine, a efectos de la declaración de incompatibilidad, sin perjuicio de las revisiones que procedan a instancia del interesado (artículo 33.3 de la LCP).

2. Siendo ésta la regla, como se ha apuntado, existen excepciones. De hecho, son conocidos ejemplos dentro de la función pública en que se admite la compatibilidad entre jubilación y pensión. Uno de estos ejemplos, ya anticipado y aceptando las diferencias con el supuesto que nos ocupa, es el

de los profesores universitarios eméritos⁽⁵⁴⁾. Ya la DA 7.^a de la LMFP había dispuesto que, sin perjuicio del artículo 33 en el que se establecía la jubilación forzosa, el Gobierno regulará «*la figura del profesor universitario emérito*». Recogiendo dicho testigo, el RD 898/85, de 30 de abril, BOE de 19 de junio, establecerá un contrato (hoy laboral tras la reforma introducida por la LO 6/01, de 21 de diciembre, BOE del 24, de Universidades sobre las figuras de contratación del profesorado universitario) que las Universidades pueden firmar con los profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios jubilados para que sigan vinculados a la Universidad en tareas docentes e investigadoras. Para acceder a esta condición hace falta haber prestado servicios a la Universidad española durante al menos diez años. Sólo puede haber un 3% —antes el 2%— de la plantilla como profesor emérito. Tras la LOU serán los Estatutos los que deban regular esta situación y se suele prever una duración inicial de dos años con posibilidad de prórroga. En todo caso, la condición de profesor emérito es vitalicia a efectos honoríficos.

La retribución de los profesores eméritos será, elemento común a la jubilación parcial, compatible con la pensión de jubilación y normalmente coincidente con la diferencia entre ésta y los haberes en situación de activo, con el límite que recoge el artículo 6 del RD 1086/89, de 28 de agosto, BOE de 6 septiembre, cuyo artículo 6 señala que la retribución del profesor emérito, sumada a su pensión, en cómputo anual «*no podrá exceder de la retribución anual correspondiente a un Catedrático de Universidad en régimen de dedicación a tiempo completo con diez trienios de antigüedad y los límites máximos del componente del complemento específico por méritos docentes y del complemento de productividad*». Sin embargo, la gran diferencia que la aleja considerablemente del nuevo sistema de jubilación parcial que pretende incluir el EBEP a imagen y semejanza de lo previsto tanto en la LET como en la LGSS, es que aquí no se produce reducción alguna de la jornada para compatibilizar pensión-trabajo ni suspensión de la pensión para iniciar una nueva prestación si el contrato del profesor emérito se realiza a tiempo completo —puesto que existe también

54. Por todos, GOERLICH PESSET, J.: «Compatibilidad de las pensiones de jubilación con la retribución de los Catedráticos eméritos», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., pp. 433-451.

Lourdes López Cumbre

la modalidad contractual a tiempo parcial—. De ser así, esto es si el servicio se sigue manteniendo a tiempo completo, se producirá una excepción a la regla general de incompatibilidad de la pensión de jubilación del funcionario público con una prestación de servicios en el sector público pero sin que se considere que el servicio se presta a jornada parcial.

2.3.2. Límites a la aplicación de la jubilación parcial en la función pública

2.3.2.1. Sobre la traslación de la solución judicial prevista para el personal estatutario

1. Será, por tanto, la nueva figura de la jubilación parcial recogida por el artículo 67 del EBEP la que permita ampliar el ámbito de aplicación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del sector privado a la prestación de servicios en el sector público, quebrando el férreo régimen de incompatibilidades en el ámbito público. Con esta novedosa regulación, la jubilación de los funcionarios públicos podrá ser parcial. En virtud de una «*Ley de Cortes Generales*» se podrán establecer «*con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos*», condiciones especiales para las jubilaciones voluntarias y parciales. En todo caso, procederá la jubilación parcial «*a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable*» (artículo 67.4 del EBEP), teniendo en cuenta que la jornada del funcionario «*podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial*» (artículo 47 del EBEP).

Como se expuso y tras una serie de contenciosos, el Tribunal Supremo parece haber optado por considerar que la aplicación de este régimen requiere necesariamente de un desarrollo reglamentario. Aunque sus pronunciamientos se refieren al personal estatutario (STS de 29 de julio de 2009, Ar. 5532), los argumentos se consideran extensibles al funcionario público⁽⁵⁵⁾. Incluso se entiende que, en relación a los funcionarios públi-

55. MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: «Jubilación parcial y empleo público en la Administración General del Estado: reflexiones de lege ferenda», en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público...*, ob. cit., p. 664 y RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 92.

cos, algunas disposiciones normativas refuerzan, si cabe, esta interpretación. A saber, las ya transcritas DA 6.^a del EBEP y la DA 7.^a de la Ley 40/07, que confían al Gobierno un estudio «sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos... que aborde las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes» y «que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares».

Una interpretación distinta significaría, para un sector doctrinal, olvidar la expresa remisión a los regímenes correspondientes de la Seguridad Social que no contemplan este tipo de jubilación, proceder a una forzada equiparación de los trabajadores asalariados y funcionarios en contra de la voluntad de la LGSS, generar un problema práctico y jurídico de difícil solución en cuanto a la forma de contratar al relevista e ignorar que en el Régimen de Clases Pasivas no existe la jubilación parcial, por lo que se estaría «creando por vía interpretativa una prestación que carece de un marco regulador, y ello obligaría a acudir, por vía analógica, a las normas previstas para el RGSS, en una operación voluntarista y contraria a la técnica jurídica»⁽⁵⁶⁾.

2. Sin embargo, la discrepancia más relevante con esta tesis surge del Voto Particular a la citada STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, que sistematiza con precisión las razones que conducen a rechazar el fallo de la ésta. Despeja, así, este Voto Particular las claves de una interpretación más acorde con la normativa: el reconocimiento de la jubilación parcial con remisión a los requisitos generales establecidos en la normativa de la Seguridad Social sin que su entrada en vigor requiera desarrollo reglamentario alguno. De hecho, la alusión que la mayor parte de las normas de aplicación a la jubilación parcial efectúa al concepto de trabajador se refiere a quienes se hallan incluidos en el RGSS y respecto de los cuales no se realiza precisión alguna. Buena parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas autonómicas y la totalidad del personal al servicio de las entidades locales se encuentra encuadrado en el RGSS y, en par-

56. RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible...*, ob. cit., p. 92.

Lourdes López Cumbre

titular, el personal estatutario de los servicios de salud con servicios transferidos a las CC.AA. Los únicos requisitos exigibles, *ex artículo 26.4 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, son aquellos que recoja «*la legislación de Seguridad Social*» y, por tanto, no se precisa de una normativa distinta para su aplicación.

El mencionado precepto no impone obligación alguna a las CC.AA. sino la mera posibilidad de que puedan contemplarse globalmente las jubilaciones parciales no en una «*norma de mayor o menor rango en el ámbito autonómico, sino en un simple plan de ordenación de recursos humanos*» (Voto Particular de la STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532). La alusión a los órganos competentes de las CC.AA. se efectúa toda vez que serán ellos los que deban facilitar el contrato o nombramiento a tiempo parcial tanto del relevado como del relevista. De hecho, tanto el artículo 77.4 del Estatuto Marco al disponer que «*la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial*» como el contenido del artículo 60.1 de dicho Estatuto al concretar que «*los nombramientos de personal estatutario, fijo o temporal, podrán expresarse para la prestación de servicios en jornada completa o para la prestación a dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales, se determine*» facilitan la aplicación de la jubilación parcial y de la contratación o nombramiento del relevista. De ahí que los magistrados firmantes de este Voto Particular de la STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, no encuentren impedimento para que «*a través de la normativa administrativa puedan cumplirse los principios que para el contrato de relevo*» se prevea. No en vano, la DA 14.^a del Estatuto Marco dispone la aplicación de la DA 7.^a de la LGSS (reguladora de los trabajadores contratados a tiempo parcial) para el personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial. Por eso, la conclusión de este Voto Particular es determinante y estima que «*no tiene razón de ser estar a la espera de un futuro desarrollo reglamentario para reconocer el derecho a la jubilación parcial*».

3. Se considera ésta la línea más adecuada en aras a garantizar la seguridad jurídica que otorga el reconocimiento de un derecho subjetivo (jubilación parcial) en una norma de rango legal (EBEP). Si bien esta opción obliga a efectuar un esfuerzo para superar los argumentos manifestados de contrario.

En primer lugar, y aun cuando se entienda que la STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, en cuestión se refiere únicamente al personal estatutario y en él ha de circunscribirse el fallo, la alusión de la misma al EBEP y a su regulación permiten avanzar una tendencia interpretativa en relación a dicho Estatuto. Al margen de que, para algunos autores, se trata de un pronunciamiento con una *«manifiesta endeblez en sus argumentos, resultando muy discutible su aplicación al resto del personal sometido a las previsiones del EBEP... por lo que en relación al ámbito de los funcionarios de carrera, entendemos que esta sentencia no puede ni debe condicionar posteriores pronunciamientos referidos a este colectivo»*⁽⁵⁷⁾, la *«similitud»* con el EBEP a la que alude la sentencia en cuestión no responde a fundamento normativo alguno. En efecto. El EBEP resulta de aplicación *«al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral»* al servicio de las distintas Administraciones Públicas (artículo 2.1 del EBEP), clasificándose los empleados públicos en *«funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual»* (artículo 8.2 del EBEP). Claro que el personal estatutario tiene un régimen particular próximo tanto a la función pública como al régimen laboral pero el EBEP no contempla como propia la integración de dicho personal, disponiendo éste de una normativa específica a cuya interpretación se destina la sentencia aludida.

En segundo término, la referencia que la STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532, realiza tanto a la DA 6.^a del EBEP como a la DA 7.^a de la Ley 40/07 parece dejar zanjada la cuestión postponiendo a una decisión del Gobierno el análisis pormenorizado de la aplicación de la jubilación parcial en la función pública. Mas ninguna de estas disposiciones pueden limitar el reconocimiento del derecho a la jubilación parcial toda vez que el análisis, estudio, informe o prospección no han sido nunca considerados como una rémora para el cumplimiento de la norma, aunque sí resulten muy útiles para mejorar su aplicación. La única condición que establece el artículo 67.2 del EBEP es que *«por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilacio-*

57. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 22, 2010, pp. 126 y 133, respectivamente.

Lourdes López Cumbre

nes voluntarias y parcial». La valoración como argumento determinante de la DA 7.^a de la Ley 40/07, que remite a un estudio posterior no puede ser positiva. Por una parte, porque la remisión a un informe o estudio no puede ser homologable a una habilitación o mandato legal de un posterior desarrollo reglamentario ⁽⁵⁸⁾. Por otra, porque el estudio debería exclusivamente *«incidir en la problemática afectante a las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de distintos regímenes; las que, en definitiva, son las prioridades y garantías a estudiar por el Gobierno en clave de armonización para el personal de distinta naturaleza al servicio de las diferentes administraciones públicas (tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con la prioridades y garantías que se señalan)»*, tal y como indica el Voto Particular a la STS de 22 de julio de 2009, Ar. 5532. Y, en fin, porque son muchos los aspectos referidos a la jubilación parcial que se remiten a un posterior desarrollo reglamentario y que, pese a haber sido efectuado el mismo, nada ha impedido su aplicación [a título de ejemplo, *«los requisitos para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial»* del artículo 12.7.d) de la LET].

Se ha planteado asimismo que el contenido del EBEP no es más que una normativa marco susceptible de desarrollo sin el cual su contenido ha de ser considerado vacío o ineficaz, constituyendo ésta una situación idéntica a la que se produce con el Estatuto del Trabajo Autónomo ⁽⁵⁹⁾. Un argumento no del todo contundente si se tienen en cuenta dos datos; uno, que también el Estatuto de los Trabajadores podría ser interpretado como tal, en tanto compilación de derechos y deberes, y no se ha exigido un desarrollo reglamentario —aun cuando en algunos aspectos se haya producido— para su aplicación; y otro, que la precisión reglamentaria como límite a la aplicación de un derecho ha de estar expresamente determinada por la ley.

58. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos...», ob. cit., p. 131, y DE SOTO RIOJA, J.M.: «La jubilación parcial y anticipada del personal estatutario de los servicios de salud...», ob. cit., p. 268.

59. RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible...*, ob. cit., p. 89.

Por lo demás, el régimen de compatibilidades establecido en el artículo 3.2 de la Ley 53/94 deberá considerarse modificado como consecuencia de la entrada en vigor de una normativa posterior como es el EBEP. Por tanto, procede admitir la aplicación del régimen establecido en el artículo 166 de la LGSS para la jubilación parcial también para el empleo público, «*manteniendo un puesto de trabajo, por qué no funcional, a tiempo parcial y con posible contrato de relevo*»⁽⁶⁰⁾.

2.3.2.2. Sobre la exigencia de desarrollo reglamentario como requisito de aplicación

1. Conviene no ocultar, sin embargo, que la decisión jurisprudencial remitiendo a un desarrollo reglamentario la aplicación de la jubilación parcial parece prevalecer por encima de todos estos argumentos. Se entiende que el desarrollo reglamentario se hace imprescindible especialmente porque la DA 8.4 de la LGSS reconoce el derecho a la jubilación de los trabajadores por cuenta propia pero condicionándola al desarrollo reglamentario pertinente⁽⁶¹⁾ y también por las previsiones de informe ya mencionadas a que se refieren la DA 6.^a del EBEP y la DA 7.^a de la Ley 40/08⁽⁶²⁾. Pero, además del cuestionamiento que de este argumento realiza el Voto Particular, cabría añadir que se trata de una condición que no deriva de la ley y que, tal y como ponen de manifiesto algunos estudios, la tramitación parlamentaria de todas las normas expuestas demuestra que la propuesta normativa formulada y aceptada no introducía elemento condicional alguno para retrasar la aplicación de la jubilación parcial en el ámbito del empleo público⁽⁶³⁾. No extraña, pues, la afirmación de que el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo sobre la falta de desarrollo

60. DEL VALLE PASCUAL, J.M.: «¿Hay otra vida para las jubilaciones del personal de las universidades públicas, después del estatuto básico del empleado público?», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2009, p. 144.

61. MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA, J.I.: «Jubilación parcial anticipada del personal estatutario de los servicios de salud...», ob. cit., p. 239.

62. MORENO DE VEGA Y LOMO, F., «Jubilación parcial y empleo público en la Administración General del Estado: reflexiones de lege ferenda...», ob. cit., p. 667.

63. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos...», ob. cit., p. 142.

Lourdes López Cumbre

reglamentario «*parece bastante criticable pues el Estatuto Marco ofrece ya previsiones suficientes para poner en marcha el citado entramado de la jubilación parcial*»⁽⁶⁴⁾.

Y también conviene confesar que se percibe más el temor a una aplicación compleja como consecuencia de la irrupción novedosa de este tipo de jubilación en la función pública que el recelo jurídico ante una norma legal sin desarrollo reglamentario. De hecho, tiende a defenderse que se trata de un derecho del funcionario público condicionado no tanto al desarrollo reglamentario como a la necesidad de efectuar una previsión en los planes de ordenación de recursos humanos a los que se refiere el artículo 67 del EBEP por cuanto se trata de una figura vinculada a situaciones de excepcionalidad⁽⁶⁵⁾. Para concluir que efectivamente se precisan reformas legislativas de envergadura (tanto en el RGSS como en el Régimen de clases pasivas)⁽⁶⁶⁾ para que «*el derecho a la jubilación parcial pase de ser algo programático a ser verdaderamente efectivo*»⁽⁶⁷⁾. E incluso se advierte de un posible «*ataque*» o atentado a la potestad de autoorganización de la Administración si se procediera a la aplicación de la jubilación parcial como un derecho del funcionario, ya que «*esta potestad se encuentra sometida en su ejercicio a un marco normativo concreto y la formación de su voluntad tiene carácter reglado*»⁽⁶⁸⁾, requiriéndose para la aplicación del derecho «*un contexto organizativo previo*»⁽⁶⁹⁾. Y todo ello a pesar de comprobar cómo, en la mayor parte de los conflictos que se han planteado judicialmente, las distintas Administraciones litigantes tenían ya prevista la figura del relevista, bien a través de contrato o de nombramiento interino,

64. LÓPEZ GANDÍA, J.: «La jubilación parcial del personal estatutario: otra vuelta de tuerca», *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, p. 182.

65. SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, F.J.: «Comentario al artículo 67 del EBEP», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril de Estatuto básico del empleado público*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 592.

66. FERRADANS CARAMÉS, C.: El derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos, *Aranzadi Social*, núm. 13, 2009, p. 18.

67. LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 80.

68. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «La jubilación parcial de los funcionarios», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2009, p. 4.

69. MARTÍNEZ BARROSO, R.: «La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2009, p. 17, y ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M.: «La jubilación parcial: de los trabajadores a los funcionarios», *Información Laboral*, núm. 9, 2009, p. 8.

sin que dicha previsión hubiera supuesto un particular problema para la Administración en cuestión. En definitiva, el artículo 26.4 del Estatuto Marco no condiciona el acceso a la jubilación a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos sino que dicho derecho es autónomo y no queda supeditado a la existencia o no del correspondiente plan, máxime cuando éste no es obligatorio sino meramente potestativo ⁽⁷⁰⁾.

Sin perjuicio de que sea recomendable la existencia de los planes de organización por parte de la Administración dentro de la estrategia de planificación de sus recursos humanos ⁽⁷¹⁾, lo cierto es que la pertinencia de recurrir a dichos planes es distinta según la norma exija su presencia o no. No en vano, ha sido éste un tema muy debatido en relación con la posibilidad de permanencia de los funcionarios una vez superada la edad de jubilación forzosa. Solventado recientemente por el Tribunal Supremo (STS —Sala Contencioso-Administrativa— de 10 de marzo de 2010, recurso en interés de ley 18/08), se ha precisado que dichos planes son necesarios tanto para denegar como para conceder la solicitud de prórroga. La pretensión recurrente partía de que la justificación era necesaria para conceder dicha prolongación pero no así para su denegación. Mas la literalidad del artículo 26 del Estatuto Marco exige que, ante la solicitud del interesado, la Administración deberá pronunciarse sobre su concesión o denegación «*en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*» (FJ 3). Esta obligatoriedad de recoger dichas necesidades no limita, a juicio del Alto Tribunal, la potestad autorganizativa de la Administración. *A fortiori*, se reconoce que el artículo 67.3 del EBEP también exige que, ante la solicitud de prolongación de permanencia de servicio activo, la Administración «*deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación*». Se trata, pues de un «*derecho subjetivo del funcionario pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; y que recae sobre dicha Administra-*

70. MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA, J.I.: «Jubilación parcial anticipada del personal estatutario de los servicios de salud...», ob. cit., p. 244.

71. PALOMAR OLMEDA, A.: *La planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

ción la carga de justificar estas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación» (FJ 3). Un conflicto que tiene un valor añadido por cuanto ha permitido que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el significado de la capacidad autoorganizativa de la Administración y que, a juicio del citado Tribunal, no se trata de una habilitación a la Administración a que libremente establezca los términos con que debe motivar sus resoluciones en relación al servicio activo. «Lo que significa esa autoorganización es una amplia libertad de la Administración para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa y para establecer una prioridad entre ellas, como también para elegir las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades» (FJ 4).

Pues bien, si se tiene en cuenta lo expuesto, la interpretación sobre el artículo 26 de la Ley 55/03 ha de ser distinta según proceda sobre su apartado segundo o su apartado cuarto. El artículo 26.2 señala que *«la jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos»*. Por su parte, el artículo 26.4 indica que *«podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. 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»*. En el primer supuesto, la autorización de la Administración se impone sobre la posibilidad establecida legalmente de permanecer en activo tras la jubilación forzosa. A tal fin, la justificación para conceder o autorizar la permanencia derivará de las necesidades organizativas previstas en el correspondiente plan de ordenación de recursos humanos. Algo que no se establece ni se exige en cuanto a la jubilación voluntaria, ya sea solicitada ésta con carácter total o parcial. En tal caso, las Administraciones correspondientes podrán determinar cuáles son

los mecanismos para este derecho se ejercite dentro de la ordenación de sus recursos pero no podrán limitar el ejercicio del derecho.

2. Con todo, uno de los argumentos pronunciados de contrario más interesantes ha sido aportado por la doctrina experta en el empleo público al indicar que, de admitir la aplicación directa del precepto, la sola voluntad del funcionario no puede resultar suficiente para la concesión del derecho toda vez que la Administración como empleadora deberá decidir si acepta o no la reducción de jornada y salario que se plantea ⁽⁷²⁾. Apela esta tesis a la ya aludida capacidad de autoorganización de la Administración y al diferente tratamiento que la jubilación parcial tendría en el sector privado respecto del público por cuanto en aquél la empresa puede no participar de la decisión del trabajador, en cuyo caso no procederá la jubilación parcial, mientras que aquí se impone sólo con la mera petición del funcionario interesado.

A este sugerente planteamiento sólo cabe oponer que el consentimiento de la Administración ha sido establecido *ex lege* a través del artículo 67 del EBEP, que determina como un derecho el acceso a la jubilación parcial del funcionario público. Atendiendo al artículo 67.4 del EBEP, el funcionario público tiene derecho a jubilarse parcialmente si cumple los requisitos de edad así como el período de carencia y antigüedad exigidos por la normativa de Seguridad Social. De hecho, la consideración de la jubilación parcial como un derecho del funcionario de aplicación directa se considera aceptada sin perjuicio del reconocimiento de la capacidad facultativa de la Administración para establecer, si procede, «*condiciones especiales*» para dicha jubilación ⁽⁷³⁾.

Finalmente habría que valorar el hecho de que esta jubilación parcial, nueva en el ámbito de la función pública, se enmarca dentro de la jubilación voluntaria anticipada, consolidada ya en dicho ámbito. Si, en su momento, la jubilación anticipada fue aceptada como un derecho cuyo ejercicio obliga a la Administración correspondiente a reorganizar su plantilla, aho-

72. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «La jubilación parcial de los funcionarios», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2009, p. 36.

73. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios al Estatuto Básico del empleado público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 425.

ra la jubilación parcial debería generar un menor inconveniente, al menos desde esta perspectiva, toda vez que el funcionario que se jubila parcialmente se mantiene prestando sus servicios, bien que a tiempo parcial. Ante una jubilación anticipada, la previsión de la amortización o sustitución de la vacante deberá tener la misma entidad que cuando dicha plaza reduce su jornada, con la ventaja en este último caso de que la solución sólo ha de ser parcial y no total, permitiendo así que también el empleado público se beneficie, en caso de desearlo, del acceso progresivo a la jubilación. La contratación o nombramiento del relevista no debería ocasionar mayor dificultad que la propia de cualquier otra sustitución en el empleo público.

2.3.2.3. La remisión a los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social aplicable

1. En una primera aproximación al artículo 67 del EBEP cabría deducir que la regulación de la jubilación parcial se hace en términos condicionales y, probablemente, así sea, aun cuando la condición no resulte ser la exigencia de un reglamento de desarrollo. Cuando el artículo 67.1 alude a que la «*jubilación de los funcionarios podrá ser...*» la referencia se extiende a todo tipo de jubilación, por lo que, en coherencia, debería advertirse en todas las modalidades cualquier requisito condicionante, algo que ni se plantea. Tampoco cabe precisar que se trate de una condición el hecho de que se derive a una «*Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos*» la «*posibilidad*» de establecer «*condiciones especiales de la jubilación voluntaria y parcial*», toda vez que la doble referencia a la «*excepcionalidad*» y a la «*especialidad*» obliga a apartar esta interpretación de su carácter general, por lo que la jubilación voluntaria y, dentro de ella, la parcial constituyen un derecho del funcionario público sin perjuicio de que por ley puedan determinarse las condiciones indicadas. Por tanto, se trata de un derecho en el que se establece su aplicación inmediata, en los términos previstos por la propia norma⁽⁷⁴⁾. Y los términos que la nor-

74. HERRERO POMBO, C.: «Notas sobre la entrada en vigor de la Ley 7/07, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público», *El consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2008, p. 125.

ma prevé no son otros que los que contempla el artículo 67.2 del EBEP cuando se indica que «*procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de la Seguridad Social que le sea aplicable*» o los que recoge en el artículo 67.4 del EBEP cuando prescribe que asimismo «*procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable*». Reconocen ambos una fórmula derivada de la voluntad del interesado, expresada a través de su solicitud, como prioritaria para el ejercicio del derecho y los requisitos establecidos en el régimen de la Seguridad Social que le sea aplicable como único condicionante para el ejercicio de dicho derecho. Cualquier otra condición habrá de ser interpretada como *extra legem* y, por ende, inaplicable.

Se trata, pues, de comprobar si los funcionarios cumplen con los requisitos propios del régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación⁽⁷⁵⁾. En este sentido, y como se expusiera, habrá que atender a los cuatro regímenes de protección social previstos en la función pública, a saber, el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado (LCP, RD Leg. 4/00, de 23 de junio, BOE del 28, por el que se aprueba la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, y RD 375/03, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, BOE de 11 de abril, básicamente), el RGSS, el Régimen Especial de Funcionarios de Justicia (RD-Leg. 3/00, de 23 de junio, BOE del 24) y el Régimen Especial de los Funcionarios de las Fuerzas Armadas (RD-Leg. 1/00, de 9 de junio, BOE del 14).

2. En relación a los funcionarios que se integran en el RGSS (prácticamente la totalidad de los que pertenecen a la Administración local y la mayor parte de los que prestan servicios para la Administración autonómica junto con algunos de la Administración del Estado), la consideración como colectivo asimilado a los trabajadores por cuenta ajena a estos efectos les

75. Por todos, RODRÍGUEZ CARDO, I.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos...*, ob. cit.

hace titulares de los mismos derechos y obligaciones que el resto de integrantes de dicho RGSS. Se esgrime a este respecto un argumento basado en la literalidad de las normas de desarrollo, en concreto la alusión que el artículo 10 del RD 1131/01 efectúa a «*todos los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de Seguridad Social*», para excluir a los empleados públicos y, en concreto, a los funcionarios públicos. Sin perjuicio de atender antes a la norma legal que facilita este derecho que a una posible limitación derivada de la regulación reglamentaria, cabría advertir que el artículo 4 del RD 1132/02, de 13 de octubre, BOE de 27 de noviembre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/02, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible extiende su aplicación «*a todos los regímenes de la Seguridad Social*» si bien con una salvedad, la que excluye a los funcionarios civiles del Estado, fuerzas armadas o personal al servicio de la Administración de Justicia (DA 1.^a del RD 1132/02). Esta excepción, manifestada exclusivamente para la jubilación flexible, no ha sido extendida a la jubilación parcial, por lo que no procede su aplicación en relación a esta última.

Respecto del resto de los supuestos, es evidente que sus correspondientes regímenes de protección social no reconocen el acceso a la jubilación parcial. Admitiendo que para todos ellos se estima de aplicación las normas que sobre jubilación recoge la LCP —sin perjuicio de que para otras prestaciones se prevea la protección recogida en cada uno de sus Regímenes de Seguridad Social (RRDD-Leg. 1/00, 3/00 y 4/00, respectivamente)—, no cabe sino atender a lo dispuesto en éstas. Y, como se expusiera, la LCP sí contempla un régimen jurídico sobre la jubilación anticipada voluntaria de los funcionarios públicos. Será esta normativa la que, en ausencia de una más específica, resulte de aplicación a la jubilación parcial en la función pública toda vez que el EBEP ha decidido que la jubilación parcial se conciba como una modalidad de jubilación anticipada voluntaria. Pues bien, atendiendo a lo previsto en la LCP, los funcionarios cumplirán los requisitos exigidos en el artículo 67 del EBEP cuando tengan cumplidos 60 años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado [artículo 28.2.b) de la LCP], en los términos considerados con anterioridad.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL APLICADO AL EMPLEO PÚBLICO

3.1. LOS REQUISITOS BÁSICOS DE LA JUBILACIÓN PARCIAL Y DE LA CONTRATACIÓN ANEXA

1. Teniendo en cuenta que el EBEP se aplica «*al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral*» al servicio de las distintas Administraciones Públicas (artículo 2.1 del EBEP) y que dichos empleados públicos se clasifican en «*funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual*» (artículo 8.2 del EBEP), se trata de analizar a continuación los aspectos propios del régimen jurídico de la jubilación parcial en el ámbito del empleo público.

Los argumentos que permiten trasladar la aplicación de este régimen general de la jubilación parcial al empleo público en tanto se elabora, en su caso, una regulación más específica son de distinta índole. Por una parte, las consideraciones efectuadas en el apartado anterior sobre la inclusión en el RGSS de buena parte de los funcionarios públicos. Por otro lado, la regulación del artículo 166 de la LGSS no se refiere en ningún momento a que la jubilación haya de ser causada en el RGSS sino que alude, en términos genéricos, al «*derecho a la pensión de jubilación*». Incluso cuando regula las incompatibilidades, hace referencia a las «*personas que accedan a la jubilación*» a fin de permitir compatibilizar su pensión con un trabajo a tiempo parcial (artículo 165.1 de la LGSS). Bien es cierto que este mismo precepto señala, en su apartado segundo, que serán «*los trabajadores a tiempo completo*» los que puedan acceder al tipo de jubilación parcial prevista en el artículo 166.2 de la LGSS, siendo así que en el artículo 166.1 de la LGSS también se refiere a los «*trabajadores*» que hayan cumplido 65 años de edad. La falta de mención a los «*trabajadores por cuenta ajena*» puede responder a dos intereses: uno, permitir que se incluya en su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia; o, dos, admitir un concepto amplio de trabajador no constreñido a la definición de «*trabajador por cuenta ajena*» desarrollada por el artículo 1.1 de la LET. Dadas las reticencias que existen a extender la cobertura presta-

Lourdes López Cumbre

cional a los trabajadores por cuenta propia, aun cuando progresivamente ésta se vaya consiguiendo como perfeccionamiento del régimen jurídico aplicable tras la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo⁽⁷⁶⁾, se impone la segunda interpretación como, de hecho, ocurre con otras instituciones (huelga, derechos colectivos, etc.) en las que el término trabajador no responde a un carácter formal o técnico sino a la estimación del funcionario público como un trabajador por cuenta ajena.

Por esta razón, la referencia en el artículo 10 del RD 1131/02 a los «*trabajadores por cuenta ajena*» responde a este mismo objetivo toda vez que la Exposición de Motivos dispone que la regulación de la jubilación parcial «*se inserta dentro del propósito de introducir una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación, con la finalidad de que la edad de acceso a la misma esté dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad, evitando una ruptura brusca entre la vida activa y el paso a la jubilación, con los beneficios sociales de toda índole que tal medida produce, todo ello en el marco de los criterios contenidos en la recomendación 10.ª del Pacto de Toledo y en el apartado IV del Acuerdo sobre la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, así como de las orientaciones propuestas por las diferentes organizaciones internacionales y, en especial, por la Unión Europea*». Pretensión que no puede ser hurtada al colectivo de funcionarios públicos cuando el EBEP incorpora como un derecho más la jubilación parcial y la recoge en los mismos términos que la jubilación voluntaria, forzosa o por incapacidad permanente. Por lo demás, la aprobación del EBEP con posterioridad a la de este reglamento y su rango normativo obligan a inaplicar aquello que se oponga a la norma legal. En todo caso, todas las precisiones que el reglamento efectúa sobre las posibles vicisitudes contractuales del relevado o relevista admiten su plasmación en el empleo público ya sea en relación al personal laboral o al personal funcionario, en los términos expuestos.

Como en la función pública, también en el régimen laboral existe una regla general sobre la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el tra-

76. Respecto de las retenciones para reconocer la jubilación parcial en el RETA, BALLESTER PASTOR, A.: «Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de Seguridad Social. Criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2008, p. 4.

bajo por cuenta ajena, ex artículo 165.1 de la LGSS. Bien es cierto que a renglón seguido y en el mismo apartado, pero en distinto párrafo, el precepto mencionado establece que «*las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable*» (artículo 165.1 de la LGSS). Aun cuando el legislador no se haya atrevido a plasmar literalmente el cambio de regla, lo cierto es que la primera (incompatibilidad) ha dejado paso a la segunda (compatibilidad). Y, en concreto, lo ha hecho a través de la regulación legal que se contempla en el artículo 166 de la LGSS y de la reglamentaria que se recoge en el RD 1131/02. Por tanto, la jubilación parcial cumple con el requisito de disponer, tal y como exige la norma legal, de los «*términos que reglamentariamente se establezcan*». Eso significa que, admitida la jubilación parcial en el EBEP, el régimen jurídico de ésta —reconocido tanto legal como reglamentariamente— habrá de serle de aplicación en tanto se decida, y en su caso, una regulación específica o excepcional destinada al empleo público. De no ser así, deberá ser de aplicación el régimen jurídico de la jubilación parcial⁽⁷⁷⁾.

2. Un ejercicio no exento de dificultades toda vez que la jubilación parcial se crea para su desarrollo en el ámbito laboral, principalmente. En el artículo 166.1 de la LGSS la jubilación parcial se prevé para los «*trabajadores*» que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%, sin que ello requiera la celebración simultánea de un contrato de relevo⁽⁷⁸⁾. Asimismo, y siempre que con carácter simultá-

77. No sin dificultades en algunos supuestos, tal y como pone de manifiesto MOLINA CANTERO, C.: «La problemática en la aplicación de la jubilación parcial del empleado público en la Administración Local», *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2009, p. 987 o, mucho antes y con carácter general, LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «El régimen de protección social del personal de las entidades locales», *Actualidad Laboral*, 1992, t. III, pp. 791-811.

78. Vid. monográficamente BARRIOS BAUDOR, G. y DEL VALLE DEL JOZ, J.I.: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Pamplona, Aranzadi, 2010; RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible...*, ob. cit.; LÓPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial en*

Lourdes López Cumbre

neo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 de la LET, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos: a) haber cumplido la edad de 61 años o de 60; b) acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la LET o sean empresas pertenecientes al mismo grupo; c) que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75% o del 85% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y treinta años de cotización a la Seguridad Social, computados en los términos previstos en las letras b) y d); dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable; d) acreditar un período previo de cotización de treinta años, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias; e) que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial; e) los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años.

el contrato de trabajo: Ley 40/07, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma de 2007*, Albacete, Bomarzo, 2008, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: *La jubilación parcial en el sistema de Seguridad social...*, ob. cit., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «la jubilación parcial y el contrato de relevo», en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...*, ob. cit., pp. 1015-1022.

Según señala el artículo 12.6 de la LET, para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial en los términos dispuestos por el artículo 166.2 de la LGSS deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75% y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido 65 años. La reducción de jornada y salario podrá alcanzar el 85% cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con una duración indefinida, siempre que se cumpla con los requisitos del artículo 166.2.c) de la LGSS. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial. La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador.

Por su parte, el artículo 12.7 de la LET establece las reglas para la celebración del contrato de relevo: a) se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada; b) salvo lo dispuesto en el artículo 12.6 de la LET, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado. En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido sesenta y cinco años, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por él podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada; c) salvo en el supuesto previsto en el artículo 12.6 de la LET, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el tra-

bajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él; d) el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2.e) de la LGSS. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

3.2. La adecuación del régimen jurídico de la jubilación parcial al empleo público

1. Analizando más pormenorizadamente el régimen jurídico descrito y subrayando expresamente las dificultades que éste puede tener en su aplicación al ámbito del empleo público, habría que efectuar las siguientes consideraciones.

En cuanto a la jubilación parcial, existen dos modalidades, la que se dispensa a partir de los 60 ó 61 años, celebrando un contrato de relevo simultáneamente, y la que se desarrolla a partir de los 65 años sin necesidad de este último. Si la celebración de un contrato de relevo provocara algún tipo de reticencia en el ámbito del empleo público, al menos esta última debería ser reconocida sin condiciones. Para la primera, el artículo 166 de la LGSS no dispone más que el requisito de causar derecho a la pensión de jubilación, por tanto cumplir con todos los que especifica la normativa de Seguridad Social, y reducir su jornada entre un 25% y un 75%. Ninguno de estos aspectos debe plantear problemas en el ámbito del empleo público ya se trate de funcionarios (de carrera o interinos) o del personal laboral que, una vez cumplidos los requisitos exigidos para acceder a la jubilación cualquiera que sea el régimen de referencia, obtendrá la jubilación parcial al reducir su jornada entre un 25% y un 75%, siendo compa-

tible su retribución con su pensión. El único inconveniente consistirá en deducir cuál es la situación jurídica en la que quedan una vez reducida su jornada pues, para los trabajadores de régimen laboral, el contrato de trabajo a tiempo completo indefinido se convierte en un contrato de trabajo a tiempo parcial temporal (hasta su jubilación plena) y para el funcionario público habrá de mantenerse la misma condición administrativa, bien que a tiempo parcial.

Si se accediera a la jubilación parcial a partir de los 60 ó 61 años la situación puede llegar a complicarse un poco más. Primero, porque requerirá acreditar una antigüedad de, al menos, seis años inmediatamente a la fecha de la jubilación. Y, aun cuando, en este sentido, debería admitirse el servicio a la Administración Pública como marco de referencia surgirá aquí la polémica sobre si a cualquier Administración Pública o sólo a aquella (estatal, autonómica, local, institucional) en la que se cause la pensión, e incluso si cabría aceptar la pertenencia a empresas públicas en tanto las distintas Administraciones Públicas participan en ellas. A tal fin, bastaría con recurrir al régimen previsto para el reconocimiento de antigüedad del personal laboral y derivar estos mismos efectos a la interpretación de este supuesto. De ahí que la interpretación sistemática de la norma obligue a efectuar una consideración amplia toda vez que la norma laboral así lo hace, admitiendo la antigüedad cuando se produce una sucesión de empresas o la pertenencia a empresas de un mismo grupo pese a que, en este último caso, el grupo de empresas no sea considerado como empleador desde la perspectiva laboral. En segundo término, porque exige acreditar, en el momento del hecho causante, un período previo de cotización de treinta años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias. No debe generar inconveniente alguno en el caso del funcionario puesto que constituye ya una condición para acceder a la jubilación voluntaria y sí quizá para el personal laboral a quien, por la propia evolución del empleo público en la Administración española, le será difícil reunir tales requisitos, más rígidos ahora, tras la reforma operada por la Ley 40/07, que en su redacción originaria.

2. También en lo que se refiere al contrato de relevo cabría plantear algunos problemas aplicativos. Dejando al margen un análisis más pormenorizado del contrato de relevo y al que se destina otro estudio en esta misma Revista, baste precisar en este punto que, respecto de los funcionarios, el

Lourdes López Cumbre

acceso a la jubilación parcial obligará a la Administración Pública a estipular no un contrato de relevo, por tratarse de puestos que según los artículos 9.2 y 11.2 del EBEP deben desempeñarse por funcionarios, sino a proceder a nombramientos de personal que revista la misma condición. Atendiendo a razones más de certeza y seguridad jurídica, «*sería conveniente una previsión expresa en la regulación general de la jubilación parcial de los funcionarios públicos de un nombramiento de funcionario interino relevista, que contemplara las posibilidades de reorganización previa de servicios*»⁽⁷⁹⁾. Mas, en tanto dicha regulación se produce, nada obsta la utilización de la figura del interino por vacante o sustitución dados los amplios términos a que se refiere el artículo 10 del EBEP y la mayor parte de las leyes de función pública autonómicas⁽⁸⁰⁾. De ser así, las referencias al contrato de relevo en la jubilación parcial se entenderán efectuadas a los nombramientos como funcionario interino del relevista⁽⁸¹⁾.

Pudiendo ser utilizado en caso de que la jubilación se solicite a partir de los 65 años de edad y siendo imprescindible si la jubilación se causa a partir de los 60 ó 61 años, el contrato de relevo exige contratar a un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. En relación al personal laboral, nada impide la aplicación de esta norma. Para el personal funcionario, caben dos posibilidades. Una, su sustitución por un contratado laboral en estos términos si el puesto lo permite y, dos, su sustitución por un funcionario que, en definitiva, responde a la misma finalidad que el trabajador que tiene un contrato con la empresa. Es cierto que en la norma laboral se alude a un contrato de duración determinada partiendo de la base de que un trabajador con contrato indefinido no puede ser contratado otra vez por la misma empresa pero, en el ámbito de la función pública, se acepta que un funcionario aspire a ocupar otro puesto por traslado u oposición y éste podría ser el de un funcionario jubilado parcialmente. También podría resultar un inconveniente el hecho de que, en este caso, el funcionario «*relevista*» no podrá efectuar toda la jornada puesto que parte de ésta la

79. LÓPEZ GANDÍA, J.: *Ibidem*, p. 178.

80. LÓPEZ GANDÍA, J.: «La jubilación parcial del personal estatutario: otra vuelta de tuerca...», *ob. cit.*, p. 178.

81. LÓPEZ GANDÍA, J.: *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007...*, *ob. cit.*, p. 27.

ocupa el funcionario «*relevado*» pero una reordenación de funciones podría permitir que ambos desarrollaran una labor para la Administración, uno a tiempo parcial y otro a jornada completa. No en vano, ésta es la fórmula en la que también se plantea el contrato de relevo cuando permite que se ocupe el mismo puesto de trabajo u otro distinto, reasignando funciones, y aceptándose una contratación por tiempo indefinido y a jornada completa al trabajador relevista y no cuando el relevado se jubila totalmente sino mientras perdura su jubilación parcial. En definitiva, se trata de tareas que pertenecen al mismo grupo profesional o categoría equivalente⁽⁸²⁾. Y, también en definitiva, no deberían plantearse tantos inconvenientes si la propia formalización de un contrato de trabajo en la Administración Pública es concebida por la mejor doctrina como «*un trámite que da cobertura formal y documental al trabajo prestado pues el papel que el contrato de trabajo tiene como instrumento de negociación y de manifestación de la autonomía de la voluntad aparece muy diluido en este ámbito público*»⁽⁸³⁾. Siendo esto así, la Administración deberá ser capaz

82. Este planteamiento permite acudir a todas las fórmulas previstas para la sustitución de funcionarios públicos o, en general, de los empleados públicos, solventando a favor de la aplicación de un derecho como es el de la jubilación parcial las dificultades que, sin duda, han de presentarse en la práctica hasta su normalización. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere al personal estatutario, «*no es cierto que la Ley 55/03 impida la contratación laboral en el ámbito de los servicios de salud ni mucho menos que la única figura jurídica posible sea el nombramiento como personal estatutario; no hay obstáculo legal alguno para la formalización del contrato de relevo en régimen laboral, el único impedimento lo propicia la propia actuación de la entidad gestora cuando sistemáticamente deniega las solicitudes de jubilación parcial del personal laboral en los servicios de salud*», apud SERRANO ARGÜELLO, N.: «Entramado de un conflicto colectivo del personal laboral en el Servicio Cántabro de Salud. Una oportunidad perdida para abordar el acceso a la jubilación parcial del personal de los servicios de salud», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2008, p. 6. De hecho, la Ley 55/03 reconoce la existencia de una pluralidad de vínculos (artículo 2.3 o DA 5.ª) en referencia al personal laboral o funcionario al margen del estatutario. Y, en la práctica, los servicios de salud incorporan a sus plantillas personal laboral o funcionario sin perjuicio de que la opción preferente sea la del personal estatutario. En este mismo sentido, numerosos juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo han optado por reconocer la jubilación parcial del funcionario público alegando que el Título IV del EBEP no está sometido a aplazamiento expreso de vigencia por la DF 4.ª o que se ha de interpretar el precepto bajo el principio de igualdad entre el personal funcionario y laboral o que la Administración debe hacer todo lo posible para el que derecho del trabajador pueda hacerse efectivo sin que sea admisible por una posible omisión sólo a ella imputable el cercenar un derecho otorgado *ex lege* o, en fin, que es necesario adaptar las figuras contractuales específicamente previstas para cada supuesto a la situación de relevo. Una recopilación de estas decisiones en ROMERO ALONSO, L.: «Adquisición y pérdida de la relación de servicio», *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12, 2010, pp. 1878-1890.

83. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 237.

Lourdes López Cumbre

de gestionar sus recursos, coordinando sus políticas de personal con la garantía del ejercicio de la jubilación parcial del empleado público.

Consideraciones perfectamente aplicables en relación a las reglas sobre la duración, el tipo de jornada o el horario en el contrato de relevo e incluso las bases de cotización previstas para el relevista que deberán ser, al menos, iguales a las del relevado. Quizá sólo quepa plantear que, cuando se trate de un funcionario que accede a la jubilación parcial y que cumple con el requisito de seis años de antigüedad y treinta de cotización, la reducción de jornada podrá alcanzar, en todo caso, el 85% por cuanto su sustituto —siempre que el puesto requiera de otro funcionario y no admita un contrato laboral— lo será, en todo caso, a tiempo completo y con carácter indefinido. Por lo demás, el hecho de que se establezca una duración «*mínima*» del contrato de relevo hasta la jubilación del relevado no prejuzga la posibilidad de ser sustituido por un funcionario por cuanto se trata de una regulación de mínimos y no de máximos, por lo que el funcionario relevista podrá permanecer en ese puesto hasta que lo pierda. Conviene subrayar que para algún sector doctrinal el requisito del contrato de relevo no resulta de aplicación en el ámbito de la función pública, si bien no existiría inconveniente alguno en su aplicación dentro del marco normativo vigente, en concreto en relación al artículo 10 (funcionarios interinos) y 47 (jornada parcial) del EBEP⁽⁸⁴⁾.

Como ha señalado la doctrina, la determinación de una vacante, aunque sea a tiempo parcial, o la naturaleza laboral o funcionarial de la misma en la relación de puestos de trabajo o la convocatoria de la plaza en la correspondiente convocatoria de empleo público o el proceso de selección son cuestiones que no pertenecen al ámbito laboral sino a la ordenación jurídico-administrativa⁽⁸⁵⁾. Pero son previsiones que deberá efectuar cada Administración según la edad media de su plantilla y la posibilidad de que existan jubilaciones parciales, como ya de por sí venía sucediendo en atención a la jubilación anticipada.

84. FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos...», ob. cit., p. 145.

85. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública...*, ob. cit., p. 251.

3. El hecho causante de la pensión de jubilación parcial se entenderá producido el día del cese en la jornada de trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se haya materializado el relevo correspondiente (artículo 11 del RD 1131/02). La conjunción de todos los requisitos se impone para la concesión de esta pensión. Puede haberse cumplido la edad pero no haber cesado en el trabajo; puede haber sido cumplida la edad y haberse producido el cese en el trabajo pero no haber suscrito el contrato a tiempo parcial o el contrato de relevo o ninguno de los dos en el personal laboral o la correspondiente variación administrativa en el funcionario público; pueden, incluso, producirse tales variaciones pero con el sometimiento a una cláusula suspensiva de entrada en vigor hasta tanto se cumpla la edad o se cese en el trabajo; puede, en definitiva, que se observen uno o varios requisitos pero no todos, en cuyo caso la concesión de la jubilación parcial no procede y habrá de volver a solicitarse en el momento en que todos los requisitos se cumplan conjuntamente⁽⁸⁶⁾.

Será el trabajador quien solicite la pensión de jubilación parcial ante la entidad gestora correspondiente (órgano de jubilación si se trata de un funcionario público), indicando la fecha prevista en que vaya a producirse la modificación de su jornada completa por la parcial. La solicitud podrá presentarse con una antelación máxima de tres meses a dicha fecha. Una vez tramitado el expediente y antes de redactar la propuesta de resolución, la entidad gestora informará al solicitante si reúne las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión y, en su caso, la cuantía que pudiera corresponderle, para que en un plazo máximo de diez días formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes. No obstante, el reconocimiento del derecho quedará condicionado, en su caso, a la formalización del relevo (artículo 13.1 del RD 1131/02). Por su parte, los efectos económicos de la pensión de jubilación parcial se producirán el día siguiente al del hecho causante, si la solicitud se presenta dentro de los tres meses anteriores o posteriores al momento del cese en el trabajo que venía realizándose y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada. Si la solicitud se presenta transcurridos más de tres meses, los

86. Más extensamente en LÓPEZ CUMBRE, L.: «La jubilación flexible...», ob. cit., p. 76.

efectos económicos de la pensión sólo tendrán una retroactividad de tres meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud (artículo 13.2 del RD 1131/02). En todo caso, el jubilado parcial tendrá la condición de pensionista a efectos del reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales (artículo 17 del RD 1131/02).

Por lo demás, la cuantía de la pensión de jubilación parcial será el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de pensión que le correspondería, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante, calculada de conformidad con las normas generales del régimen de Seguridad Social de que se trate, pero sin la aplicación del coeficiente adicional del 2%, al que se refiere el artículo 163.2 de la LGSS. En todo caso, el importe de la pensión, calculada de acuerdo con lo establecido, nunca podrá ser inferior a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado. A efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, cuando se acceda a ella antes del cumplimiento de los 65 años no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad (artículo 12.1 del RD 1131/02). En los supuestos regulados, se modificará la cuantía de la pensión, aplicando a la reconocida inicialmente el porcentaje que corresponda en función de la nueva reducción de jornada. La nueva pensión será objeto de actualización con las revalorizaciones habidas desde la fecha de efectos de la pensión de jubilación parcial inicial hasta la fecha de efectos del nuevo importe de la pensión (artículo 12.2 del RD 1311/02). Las pensiones de jubilación parcial serán objeto de revalorización en los mismos términos que el resto de las pensiones de modalidad contributiva (artículo 12.4 del RD 1131/02). A efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora se tomará como período cotizado a tiempo completo el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación anticipada u ordinaria, siempre que, en ese período, se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo (artículo 18.3 del RD 1131/02). Finalmente, la pensión de jubilación parcial se extinguirá por el fallecimiento del pensionista, por el reconocimiento de la jubilación plena, por el acceso a una inca-

pacidad permanente incompatible o por la extinción de la relación con el empleador.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE LA JUBILACIÓN PARCIAL A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El diferente régimen al que se somete a colectivos que cumplen con idénticas obligaciones puede derivar en un trato desigual e incluso discriminatorio. Todos los empleados públicos soportan sus correspondientes cotizaciones al sistema de protección social. La mayor parte de ellos —incluidos en el RGSS— en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en el ámbito privado. Si aportan las mismas cotizaciones, por su integración a un régimen común, deberán acceder a los mismos derechos, salvo excepción normativa expresa. Esta última no se ha producido, por el momento, en relación a la jubilación parcial, aunque sí haya sido efectuada respecto de la jubilación flexible que excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios civiles, a los que se encuentran al servicio de la Administración de Justicia o a los que pertenecen a las Fuerzas Armadas. De no ser así, y sin que se proceda a una minoración proporcional de su cotización por la restricción de derechos, se estará produciendo un enriquecimiento injustificado por parte del sistema. La situación puede no ser comparable, por ejemplo, a la de los trabajadores por cuenta propia, a quienes se les exige un desarrollo reglamentario de la norma para el acceso a esta pensión. Pero la conclusión atenta al principio de igualdad cuando se trata de trabajadores integrados en el mismo RGSS, con las mismas obligaciones y —habría que entender— con los mismos derechos, salvo disposición legal en contrario.

Como criterio determinante para afirmar la desigualdad, el Tribunal Constitucional exige, como es sabido, un juicio compuesto por la razonabilidad y por la racionalidad. La razonabilidad se articula sobre la base de una comparación jurídica, de forma que la diferenciación introducida por una decisión será razonable en la medida en que se haya determinado de forma correcta, esto es, porque no exista un término de comparación que permita articular la existencia de personas o situaciones jurídicas tratada de forma diferente o porque no

Lourdes López Cumbre

se haya tratado un estatuto jurídico igual con la suficiente idoneidad. Por tanto, a unos supuestos de hecho iguales se les han aplicado consecuencias jurídicas distintas, apareciendo dicha diferenciación sin justificación objetiva. Por su parte, la racionalidad supone analizar la lógica interna de la decisión determinando su consistencia, esto es, la ausencia de contradicción y la adecuación entre los elementos fácticos y normativos de la diferenciación así como la coherencia de esta última, que implica el respeto de las exigencias de proporcionalidad de la decisión normativa. Ha de comprobarse, por tanto, si la diferenciación responde a una finalidad constitucional respetando las exigencias de proporcionalidad entre la diferenciación efectuada y la finalidad perseguida.

Para efectuar la comparación, se requiere partir de una cierta identidad. Pero dicha identidad sólo puede significar la concordancia de todos los elementos y características de un supuesto de hecho y no la identidad en personas, situaciones o cosas comparadas que, por principio, son distintas al ser consideradas como hechos individuales y singularizados. La articulación de la comparación exige abstraerse de las cualidades singulares, personales o individuales, para que se puedan situar en un supuesto de hecho común, mediante normas genéricas aplicables a todas las personas, situaciones o cosas que forman parte de la categoría común. En conclusión, no cabe solicitar una identidad fáctica en el objeto de las normas para proceder a la comparación, ya que la identidad impedirá aludir a una relación entre dos supuestos de hecho u objetos, pues implícitamente en tal supuesto existirá un único objeto idéntico en sí mismo. De ahí que el término de comparación recaiga sobre situaciones subjetivas u objetivas no idénticas sino equiparables.

Equiparables son todos los colectivos que se incluyen en un mismo régimen jurídico, en este caso, en un mismo régimen de protección como es el Régimen General de la Seguridad Social. Equiparables son todos aquellos colectivos que han sido incorporados a un mismo texto normativo, el Estatuto Básico del Empleado Público, con la intención de homogeneizar sus condiciones laborales y de protección social. Y equiparables son, en fin, quienes, alcanzada una edad, deciden, al margen de su pertenencia a una empresa privada o al ámbito público, acceder a una jubilación de forma gradual, en un tránsito sereno entre la actividad y la inactividad hasta caer, con ese castellano-leonés universal, León Felipe, «*en la red salvadora/en el colchón azul y blando de los cielos*» [en *¡Oh, este viejo y roto violín!*, 1966].