
El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos

Jorge Fondevila Antolín

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria.

Secretario de Administración local

1. Introducción

2. La controversia de la jubilación parcial de los funcionarios públicos en la doctrina y la más reciente jurisprudencia

2.1. Posiciones doctrinales

2.2. Pronunciamientos jurisdiccionales

3. Consideraciones en torno al origen del conflicto y una propuesta interpretativa

3.1. Génesis del precepto

3.2. Adecuación de los criterios aplicados por los juzgados y tribunales a las consecuencias deducidas de la génesis parlamentaria del precepto

3.3. La función de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º y de la disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP, y de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social

3.4. La cuestión de la exigencia de un “contrato de relevo” conforme determina el artículo 166 de la LGSS, en el caso de la jubilación parcial de los funcionarios

4. Conclusiones finales

1. Introducción

Nos encontramos ante una cuestión sobre la que, inicialmente, sus consecuencias parecían suponer que estábamos ante lo que el refranero popular califica como “mucho ruido y pocas nueces”, y así lo manifestamos en otro trabajo elaborado de forma inmediata a la publicación del EBEP.¹ Pero en estos momentos debemos manifestar que nuestra primera

apreciación se ha visto superada por la realidad social y, en especial, de los juzgados y tribunales de este país, que, a nuestro juicio, de una forma valiente, dejan al descubierto una mala técnica legislativa generalizada en el texto del EBEP, cuestión que ya hemos destacado en otros trabajos con relación a otros temas.² Todo ello ha situado en estos momentos la cuestión en lo que podemos denominar “nudo gordiano”³ de la jubilación parcial, aunque el

1. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), *La selección y pérdida de la condición de empleado público –especial referencia a su aplicación a la Administración local*, Atelier– Barcelona, p. 183 y ss.

2. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), y también en la obra colectiva (AA.VV.) *Estatuto básico del empleado público (2007)*, La ley – El consultor, p. 569 y ss.

3. A los efectos de clarificar y justificar nuestra remisión a la leyenda del “nudo gordiano”, realizamos un breve resumen de la misma: Gordio era un campesino pobre de Frigia, antigua comarca de Anatolia que ahora es Turquía, siendo su único patrimonio un par de yuntas de bueyes, una que usaba para trabajar la tierra y la otra para transportar los productos que producía para su venta. Un día, mientras conducía la yunta de bueyes con la que araba la tierra de labor, un águila se posó sobre el yugo y permaneció allí hasta el atardecer. Impresionado por este hecho extraordinario, Gordio fue a consultar al oráculo sobre su significado, pero antes de llegar, una joven que sacaba agua de un pozo del camino le dijo que aquel hecho era augurio de que algún día él sería rey de Frigia. Esta se enamoró de Gordio y se casó con él, al poco tiempo tuvieron un hijo, al que llamaron Midas, y fueron a presentarlo en el templo de Zeus. Al entrar a la ciudad un cuervo se posó en el hombro de Gordio. La gente

Tribunal Supremo,⁴ recientemente, ha dictado una sentencia con referencia al personal estatutario que pretende cerrar el debate, considerando que no es posible reclamar la aplicación incondicionada del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario, si bien, a nuestro juicio, esta presenta una manifiesta endeblez en sus argumentos, resultando muy discutible su aplicación al resto del personal sometido a las previsiones del EBEP.

Debe tenerse en consideración que la figura de la jubilación parcial no aparecía regulada en el Proyecto de ley inicial del EBEP, siendo incorporada la misma a lo largo del debate parlamentario. No obstante, y a pesar de los esfuerzos de ciertas organizaciones sindicales al respecto,⁵ el texto finalmente aprobado en el artículo 67 de la Ley 7/2007 del Estatuto básico del empleado público, en adelante, EBEP,⁶ quedó redactado en unos términos que, en principio, podían interpretarse como una cuestión a desarrollar en el futuro.

Pues bien, tras el transcurso de casi dos años desde la aprobación de la norma, nos encontramos ante una regulación que, tras un examen más reposado, nos obliga a considerar que nuestra primera apreciación fue incorrecta, lo que no significa que estemos en presencia de una cuestión pacífica, al contrario, como veremos a lo largo de este trabajo, la decisión del le-

gislador ha generado un panorama realmente discriminatorio entre los diferentes colectivos funcionariales (debe recordarse que el régimen de clases pasivas no tiene regulada la posibilidad de la jubilación parcial), y, a su vez, de estos con el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, dado que las consecuencias de la regulación prevista en el artículo 67.4 del EBEP, no tienen el carácter homogeneizador y común, para el conjunto de los empleados públicos, que hubiera sido deseable, sino que, al contrario, han generado una situación de conflicto permanente tanto en vía administrativa como especialmente en la jurisdiccional, salvo que se adopten de una vez las medidas legislativas que resultan urgentes y que permitan cortar de forma audaz el “nudo gordiano” que ha generado la vigente regulación del EBEP.

Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta regulación realmente no es una verdadera novedad, ya que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, introdujo esta modalidad de jubilación para esta clase de personal en su artículo 26.4, con la siguiente redacción:

“Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social.

se maravilló porque el oráculo había dicho que aquel en quien un ave negra se posara en su hombro de manera espontánea, al entrar por la puerta oriental, reinaría en Frigia; por ello, los frigios coronaron a Gordio como su rey.

A continuación, quisieron quitar el yugo de la carreta, que estaba sujeto con una correa de fibra de cornejo, sólidamente anudada, pero no pudieron soltarlo, por lo cual, consultaron al oráculo y este les dijo que solo podría desatarlo aquel que fuera a conquistar el Asia. Y así, el yugo fue guardado en la ciudad. Cuatro siglos después Alejandro Magno decidió conquistar Asia y, conociendo la leyenda del nudo de Gordio, se fue a Frigia e intentó desatar el nudo, pero no pudo lograrlo. Entonces blandió su espada y rompió el nudo de un solo y poderoso tajo. De esa manera la leyenda del nudo gordiano quedó para la posteridad como significado de una grave dificultad que pareciera no tener solución, o que únicamente se puede resolver mediante una acción drástica y audaz como la de Alejandro Magno.

4. STS, Sala de lo Social (Sala General), de fecha 22 de julio de 2009.

5. En concreto, la Organización CSI-CSIF constituyó su última campaña electoral sindical en torno al reconocimiento de la posibilidad de la jubilación parcial, y así lo manifestó como exigencia de negociación en la elaboración del Proyecto de ley del EBEP.

6. “Artículo 67. Jubilación.

“1. La jubilación de los funcionarios podrá ser: (...)

“d) Parcial. De acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4.

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

“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. (...)

“4.- 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.”

Sobre lo anterior, cabe también tomar en consideración las previsiones de la disposición adicional sexta del EBEP, que señala:

“Jubilación de los funcionarios.

“El Gobierno presentará 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.”

“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.”

Así, esta previsión legislativa ha sido objeto de un conflicto, en su interpretación y aplicación, que resulta interesante examinar, dado que muchos de los criterios utilizados por los tribunales podrían ser de aplicación también al personal funcionario (artículo 67. 2 y 4 EBEP), y de esta forma nos encontramos con dos posiciones jurisdiccionales manifiestamente encontradas, en concreto:

A) Posiciones contrarias a la aplicación inmediata de la jubilación parcial.

A este respecto destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la emitida en Sevilla por la Sala de lo Social, de fecha 17 de julio de 2008 (AS/2008/2594), y la generada en Granada por la Sala de lo Social de fecha 23 de julio de 2008 (AS/2008/3063), que fundamentan la desestimación de la solicitud de jubilación parcial del personal estatutario, básicamente en dos argumentos:

a) La legislación aplicable a la figura y reconocimiento de la jubilación parcial, no resulta de aplicación a esta clase de personal, dado que no ostenta la condición de “trabajadores por cuenta ajena”, de forma que el reconocimiento solo corresponde “...a ellos y no a otro tipo de personal.”⁷

b) A lo anterior se añade, como justificación según los tribunales, que el reconocimiento general del derecho de jubilación parcial realizado por la Ley 55/2003 (Estatuto marco del personal estatutario), está condicionado al necesario desarrollo normativo del mismo para su ejercicio.

B) Posiciones favorables a la aplicación inmediata de la jubilación parcial.

Con relación a esta posición, debe destacarse la existencia de un amplio número de sentencias en primera instancia,⁸ que han comenzado a reconocer este derecho de jubilación parcial de forma inmediata y de directa aplicación al personal estatutario, decisiones que han sido ratificadas en varios de nuestros tribunales superiores de justicia; en concreto, podemos destacar la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de fecha 2 de enero de 2008 (JUR/2008/64520), y además la del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo), de fecha 18 de julio de 2008 (JUR/2008/307687), las cuales fundamentan su decisión en los siguientes criterios:

a) Consideran que la disposición legislativa ha reconocido y, por ello, otorgado un derecho inmediato y no condicionado a un desarrollo normativo posterior, a acceder a la jubilación parcial.

b) También señalan que no es posible condicionar el derecho a la jubilación a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos; en todo caso, este plan podrá propiciar la aparición de un interés del personal estatutario de acogerse a las ofertas de jubilación parcial.

Añadiendo que, si en todo caso fuese necesario un plan, la ausencia del mismo, de cuya elaboración la única responsable es la propia Administración, no puede servir para cercenar un derecho *ex lege*.

c) Reconocen que no es posible una traslación mimética de la figura del “contrato de relevo” (artículo 12.6 Estatuto trabajadores – ET)⁹ al ámbito del personal estatutario, pero añade a continuación que “... sin embargo ello no puede suponer la negación de la posibilidad de acoger esta institución jurídica de la jubilación parcial...”¹⁰

7. Véase fundamento de derecho tercero de la STS Andalucía, en Sevilla, de 17 de julio de 2008.

8. Entre otras muchas, destacamos la sentencia de 13 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva, sentencia de 14 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, sentencia de 20 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla.

9. El artículo 12.6 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores establece que:

“Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 85 % de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad. 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, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.

“Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.”

10. Véase fundamento de derecho tercero de la STSJ de Castilla y León –Valladolid– de fecha 2 de enero de 2009 (JUR/2008/64520).

d) Finalmente concluyen considerando que la jubilación parcial resulta de directa e inmediata aplicación a esta clase de personal, y ello, con independencia de las necesarias adaptaciones a las figuras contractuales reguladas por la legislación laboral.

Por último, debemos destacar un grupo de sentencias¹¹ que confirmaron el derecho del personal estatutario a su acceso a la jubilación parcial, aunque para ello tuvieran que cambiar de relación jurídica con la correspondiente Administración, es decir, procedieron a solicitar la correspondiente excedencia voluntaria como personal estatutario para integrarse como personal laboral en el mismo servicio de salud, a los únicos efectos de poder jubilarse parcialmente; esta actuación fue calificada como *fraude legis* por parte de la Administración de la Seguridad Social, si bien los tribunales determinaron que, con independencia de la actuación realizada por los citados empleados públicos, les correspondía directamente el reconocimiento de su derecho.

Esta actuación, y otros comportamientos en el ámbito de la empresa privada, originaron un cambio le-

gislativo que endureció las condiciones de acceso a la jubilación parcial, de forma que se modificó el artículo 166 del Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLSS),¹² exigiendo el mismo, entre otros requisitos, la permanencia en la misma empresa durante un periodo de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación, si bien, a nuestro juicio, este requisito no resultaría de aplicación a esta clase de personal, dado que la empresa sería la misma, es decir, el correspondiente servicio de salud autonómico, resultando otra cuestión diferente el cambio de relación jurídica de dependencia, que entendemos que con la vigente redacción del precepto no podría utilizarse como motivo que justificara el rechazo a las pretensiones del empleado público, y más, si tenemos en cuenta que el mismo precepto reconoce a estos efectos la "sucesión de empresas".

C) La posición del Tribunal Supremo favorable al no reconocimiento del derecho incondicionado a la jubilación parcial del personal estatutario.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 22 de julio de 2009, dictada por la Sala de

11. Entre otras muchas, destacamos SSTSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social), de fecha 2, 5 y 6 de noviembre de 2007 (JUR/2008/67927 – AS/2008/297 – AS/2008/304).

12. "Artículo 166. Jubilación parcial.

"1. 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 %, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

"2. Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los trabajadores, 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 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2 del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

"b. Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la 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 Ley del estatuto de los trabajadores, o en 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 del 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 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos 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 30 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 este 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.

"f. 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 sesenta y cinco años.

"3. El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

"4. El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca."

lo Social –Sala General– en recurso de unificación de doctrina, se pronuncia a favor de las tesis que sostienen que estamos ante un derecho de carácter condicionado a su posterior desarrollo reglamentario, si bien, es de destacar que este pronunciamiento contó con un voto particular (4 magistrados) contrario a la decisión de la Sala, aportando estos una sólida argumentación en contra de la decisión mayoritaria.

Por la importancia que esta sentencia puede tener en la evolución del problema al que nos enfrentamos, intentaremos realizar un examen detallado de su contenido; así, procedemos a resumir los principales argumentos que fundamentan la misma:

1. El argumento básico y esencial en la posición del Tribunal Supremo, surge de una interpretación literal y estricta de las previsiones normativas en materia de Seguridad Social: en concreto, se remite directamente al contenido del artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social y del Real decreto 1131/2002, los cuales se refieren, respectivamente a “trabajadores” y “trabajadores por cuenta ajena”, considerando que esta expresión solo puede ser interpretada en el sentido previsto por el artículo 1.3 del Estatuto de los trabajadores, no siendo posible admitir, a su juicio, una interpretación amplia de estos términos.

Por ello, considera que las previsiones del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, no reconoce un derecho “incondicionado”, sino que hace una referencia a los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, que limita su aplicación exclusivamente a los “trabajadores”.

2. A lo anterior, añade que el artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social establece que el régimen jurídico de la jubilación parcial será “el que reglamentariamente se establezca.” Por esta razón, se procedió a su desarrollo reglamentario posterior, siendo este un requisito esencial para el ejercicio de este derecho, y vuelve a reiterar la tesis de que, en este desarrollo, únicamente se hace referencia a los “trabajadores”.

3. Para apoyar su interpretación estricta y literal, el Tribunal recuerda que los trabajadores por cuenta propia tienen reconocido su derecho a la jubilación parcial, pero únicamente “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”, según establece la disposición adicional octava de la Ley general de la Seguridad Social (términos y condiciones que tampoco han sido desarrollados en la actualidad).

4. También, como justificación de su fallo, el Tribunal argumenta sobre la necesidad de que exista un desarrollo reglamentario. El propio EBEP establece, en su disposición adicional sexta, que el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados un estudio que contenga 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; a lo que se debe añadir las previsiones de la Ley 40/2007, que, en su disposición adicional séptima, insiste en la necesidad de que, en el plazo de un año, el Gobierno presente un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, de forma que considera que estos informes contienen en sí mismos un mandato de desarrollo reglamentario (sic).

Frente a la posición mayoritaria, se formuló un voto particular del que podemos destacar los siguientes argumentos:

1. Este considera que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, se aprueba en un marco creado por el legislador para incrementar la implantación de la jubilación parcial en nuestro país y aproximarla a la conseguida en otros sistemas de protección social.

2. Con una argumentación, a nuestro juicio, más acorde con los criterios hermenéuticos de la interpretación jurídica, y respetuosa plenamente con las previsiones del artículo 3º.1 del Código Civil, como examinaremos posteriormente con más detalle, llaman la atención sobre las previsiones de las directivas 93/104/CE y 2000/34/CE, a las que se remite expresamente la propia exposición de motivos de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, que “equiparan nominalmente, en estos términos, el personal estatutario a los trabajadores”, por lo cual decae el argumento central en el que se fundamenta el fallo de la sentencia.

3. Consideran también que el derecho establecido en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, es de aplicación inmediata, ya que no hace ninguna referencia expresa a la necesidad de un desarrollo reglamentario, y, si se llegara a considerar a este necesario, el mismo se ha realizado por una “norma de rango legal”, como es la propia Ley 55/2003.

Añadiendo que la redacción del precepto no ofrece duda alguna en sus términos por lo “tajante y claro

del precepto legal en orden a que se podrá optar a la jubilación voluntaria parcial.”

4. Además, afirman que no es necesaria la creación de una figura específica que cumpla los requisitos del Real decreto 1131/2002, ya que la propia Ley 55/2003, en su artículo 60.1, prevé la realización de jornadas a tiempo parcial.

5. Asimismo, rechazan las alusiones de la sentencia a las normas de aprobación posterior, que no deben ser tenidas en cuenta para interpretar el artículo 26.4, en concreto, la Ley 7/2007 EBEP y la Ley 40/2007.

6. Por último, consideran que podríamos estar en presencia de una violación del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), ya que el personal estatutario “se encuentra incluido al igual que el resto de los trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio.” A lo que debe añadirse la realidad de “una coincidencia en los servicios públicos de personal laboral y estatutario, siendo difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden a la concesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.”

D) Examen crítico a la decisión de no reconocer la jubilación parcial, por parte del Tribunal Supremo.

Tras el análisis de los argumentos fundamentales que sostienen el fallo formulado por la sentencia del Tribunal Supremo, debemos formular una serie de consideraciones al respecto, ya que, a nuestro juicio, tal como indicábamos al inicio de este trabajo, los argumentos utilizados por el citado Tribunal resultan cuando menos muy discutibles, y ello, con independencia de la oposición formalizada mediante voto particular de una parte del Tribunal, así:

1. Como el lector habrá podido apreciar, el argumento básico y casi exclusivo que sirve de fundamento al fallo contenido en la sentencia que examinamos, pivota sobre el alcance y sentido de la expresión “trabajador”, recogida en la normativa reguladora de la figura de la jubilación parcial.

Ahora bien, a este respecto debemos señalar que, a nuestro juicio, la Sala no ha tenido en cuenta todas las circunstancias que afectan al problema; en concreto, nos referimos, en primer lugar, al hecho de que nos encontramos ante una legislación *specialis*, dado que la misma regula el régimen jurídico aplicable a una determinada clase de empleados públicos al servicio de las administraciones sanitarias, y dentro del conjunto

de sus previsiones, incorpora el derecho a la jubilación parcial, lógicamente con la finalidad de que esta previsión se integre dentro del régimen general de Seguridad Social, ya que la misma se dicta con posterioridad a la entrada en vigor de esta.

Por ello, consideramos que el Tribunal debería haber reflexionado sobre algunas cuestiones y dar una contestación a las mismas; así, podemos destacar la cuestión de la posibilidad de que nos encontremos ante una posible modificación tácita (recordemos que la técnica legislativa de nuestro legislador últimamente no brilla por su calidad, como hemos destacado en anteriores trabajos, por ejemplo los referidos al EBEP) de las previsiones generales del artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social, en cuanto a la limitación de su alcance subjetivo en exclusiva a los denominados “trabajadores”; y ello, por cuanto, como se puede apreciar de la simple lectura de las previsiones del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, y en palabras de los miembros del propio Tribunal firmantes del voto particular, la redacción del mismo deja claro que este es: “tajante y claro del precepto legal en orden a que se podrá optar a la jubilación voluntaria parcial”, lo que supone, en adecuada técnica legislativa, que esta *lex specialis* ha previsto el reconocimiento de este derecho a un concreto grupo de empleados públicos, ampliando el marco subjetivo de la *lex generalis*.

De todas formas, entendemos que este primer argumento pueda resultar insuficiente, pero volveremos al respecto posteriormente, ya que, a nuestro juicio, la clave de la “hermenéutica” de las normas jurídicas consiste en la exigencia al operador jurídico de un esfuerzo para encontrar una solución al problema planteado, que pueda permitir una aplicación compatible entre preceptos aparentemente contradictorios o inaplicables, ya que, si el Tribunal ha considerado adecuado formular una interpretación literal del término “trabajador”, debería haberse planteado también aplicar el mismo criterio a la hora de interpretar la declaración contenida en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003. Es por ello que, necesariamente, examinaremos la cuestión desde los criterios de la interpretación jurídica previstos por nuestro Código Civil, y que consideramos aportarán luz al respecto.

2. Dicho lo anterior, es preciso añadir que la Sala, en su posición mayoritaria, utiliza como argumento de apoyo a su única tesis de fondo, la necesidad de un futuro desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley 55/2003, y apoya básicamente esta consideración

en las previsiones de las disposiciones adicionales sexta del EBEP y séptima de la Ley 40/2007, disposiciones que se limitan a encomendar al Gobierno del Estado la elaboración de unos “informes”, si bien de estos textos no puede concluirse que estamos en presencia de una “habilitación o mandato legal” de desarrollo reglamentario. A este respecto debemos indicar, como posteriormente expondremos al examinar la génesis parlamentaria de ambos preceptos, que la interpretación de la Sala al respecto entra en directa contradicción con la *ratio legis*, manifestada en los trabajos parlamentarios. Por ello, entendemos que este argumento complementario decae, lo que supone que quede al descubierto la endeblez del fundamento central del fallo.

Es más, la propia Sala manifiesta sus dudas al respecto, cuando procede de forma expresa, en el fundamento jurídico tercero, a criticar la técnica legislativa utilizada, al señalar:

“Por supuesto, nada hubiera impedido que, en una mejor y más depurada técnica legislativa, el art. 166 de la LGSS hubiera excluido de manera aún más clara la posibilidad automática, o no condicionada a la aprobación de un posterior reglamento, de la jubilación parcial anticipada del personal estatutario. Sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema de previsión social (régimen general de la Seguridad Social: art. 17.1. i del Estatuto marco) de dicho personal, a diferencia de lo que sucede con la relación funcional común, es el mismo que el de los trabajadores por cuenta ajena y que, en teoría y en una primera aproximación a esta cuestión, quizá cupiera la posibilidad de que la vacante (parcial) que el estatutario dejara como consecuencia de su jubilación anticipada y parcial, desde luego siempre que se respete el mandato constitucional de provisión reglada mediante los criterios de mérito y capacidad (STC 99/1987), pudiera ser cubierta por la entidad pública responsable de la asistencia sanitaria, incluso en condiciones análogas a las previstas por el art. 12.6 del ET, mediante alguna de las técnicas extraordinarias de contratación temporal permitidas por la normativa estatutaria (art. 9 del Estatuto marco) y que, como es notorio, vienen siendo tan profusamente utilizadas por todas las administraciones en los últimos tiempos. Ese sería, en todo caso, y si es que ello pudiera resultar compatible con el mecanismo

novatorio implícito en un contrato de relevo, uno de los contenidos del futuro reglamento.

“Probablemente tampoco resultarían insalvables las enormes dificultades que se intuyen en la plasmación, dentro de la secuencia jurídica triangular (Administración sanitaria/jubilado parcial/relevista) o cuadrangular (entidad gestora/Administración sanitaria/jubilado parcial/relevista), de los derechos y obligaciones del personal estatutario que aspire a alcanzar, anticipadamente o no, la jubilación parcial, y a mantener la correlativa prestación de servicios en la pertinente proporción. Esta también sería, en su caso y entre otras cuestiones a resolver, la misión de la pertinente regulación reglamentaria que perfeccione en su día el derecho cuestionado.”

De este fundamento, debemos destacar un manifiesto error por parte del Tribunal, al afirmar que, en el caso de los funcionarios públicos, su régimen de “previsión social”, es diferente al del personal estatutario, cuando resulta que, como señalaremos con mayor detalle posteriormente, la integridad de los funcionarios públicos dependientes de las administraciones locales y el mayoritario de las comunidades autónomas, también dependen del mismo régimen de “previsión social”, es decir, el régimen general de la Seguridad Social, lo que debe hacernos reflexionar sobre cuáles son los datos que se han facilitado a la Sala para que pudiera estudiar y dictar su fallo, ya que su afirmación para nada responde a la realidad.

3. Todo lo anterior, nos lleva a la obligación de realizar un examen de la teoría de la “hermenéutica”, a los efectos de justificar nuestra crítica a la interpretación estricta que realiza el Tribunal Supremo, con relación a la expresión “trabajadores”, que constituye la piedra angular de su fallo.

Así, siguiendo la doctrina más clásica, en concreto Enneccerus,¹³ señala: “interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica, y por tanto, también para la resolución judicial”; en esta línea nuestro Código Civil, en su artículo 3.1, regula los criterios a utilizar en la interpretación, todos ellos son herederos de la doctrina establecida por Savigny, como señala Castán Tobeñas,¹⁴ y esta es precisamente reconocida de forma expresa por nuestro Código Civil, que en su artículo 3.1 señala:

13. ENNECCERUS-KIPP-WOLF (1951), *Tratado de Derecho Civil*, tomo I –vol. 1º, Edit. Bosch - Barcelona, p. 202.

14. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978), *Derecho Civil español, común y foral*, vol. I, Edit. Reus, S.A., Madrid, p. 530 y ss., y así, podemos resumir las conclusiones de Savigny, que reconocía la existencia de cuatro elementos en la interpretación, a saber:

a) Literal o filológico: que constituye el primer estadio interpretativo, de forma que el intérprete ha de obtener el significado verbal que resulte.

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Como puede observarse, los criterios interpretativos reconocidos legalmente por nuestro ordenamiento jurídico, responden directamente al esquema formulado por Savigny; por ello, consideramos que la cuestión objeto del fallo del Tribunal Supremo, debería haber sido examinada, no solo mediante la utilización del elemento “gramatical”, tal como se deduce del contenido de la sentencia, al considerar que la expresión “trabajador” cierra cualquier posibilidad de aplicación de la Ley general de Seguridad Social a otra clase de empleados públicos, en este caso el personal estatutario, sino mediante la utilización del resto de los elementos. Por ello, vamos a proceder a un examen de la cuestión, en el que se utilizará el resto de los elementos, y especialmente, como señala el propio artículo 3.1 del Código Civil, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

4. De acuerdo con lo anteriormente expuesto tenemos que destacar, en primer lugar, lo acertado del voto particular a la sentencia, cuando el mismo afirma que las previsiones de las directivas 93/104/CE y 2000/34/CE, a las que se remite expresamente la propia exposición de motivos (*ratio legis*) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, “equiparan nominalmente, en estos términos, el personal estatutario a los trabajadores”, por lo cual tenemos un primer elemento que justificaría la falta de fundamento del fallo de la sentencia.

En segundo lugar, y de conformidad con los criterios legales de interpretación de las normas, debemos recordar que, en los últimos años, se ha producido un fenómeno en el ámbito conocido tradicionalmente como de la “función pública”, y es la sustitución del

mismo por otro más amplio como es el del “empleo público”,¹⁵ que ha tenido un pleno reconocimiento legal, tras la aprobación de la Ley 7/2007 EBEP; y esta figura, recordemos, agrupa tanto al personal con relación jurídico-laboral como a los funcionarios de carrera con relación estatutaria. Por ello, utilizar una interpretación restrictiva semánticamente, como la utilizada por el Tribunal Supremo, no parece responder precisamente a los criterios teleológico ni sistemático, que han servido de soporte para la nueva regulación del empleo público en nuestro Estado.

Pero es más, recordemos como el propio Tribunal incurre en un manifiesto error, cuando afirma que el régimen de “previsión social” de los funcionarios públicos es diferente al del personal estatutario, resultando que la integridad de los funcionarios públicos dependientes de las administraciones locales y el mayoritario de las comunidades autónomas también dependen del mismo régimen de “previsión social”, es decir, el régimen general de la Seguridad Social, y ello debería haber obligado al Tribunal a realizar una interpretación sistemática y coherente con el régimen legal existente, pues parece inexplicable que se admitan las cotizaciones de los funcionarios y estatutarios, y a la hora de exigir prestaciones estas les discriminen con relación al resto de los “trabajadores”.

En tercer lugar, la anterior conclusión nos lleva directamente a uno de los fundamentos del voto particular, cuando el mismo afirma que podríamos estar en presencia de una violación del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), ya que el personal estatutario “se encuentra incluido al igual que el resto de los trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio.” A lo que debe añadirse la realidad de “una coincidencia en los servicios públicos de personal laboral y estatutario, siendo difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden

b) Lógico, racional o teleológico: como afirma el citado autor, la indagación del sentido literal no debe agotar nunca la actividad hermenéutica, para completar y controlar los resultados de la interpretación gramatical hay que penetrar en el pensamiento y espíritu de la ley, es decir, el motivo o razón de la norma, también conocida como *ratio legis*.

c) Sistemático: este elemento está en íntima conexión con el anterior o es una aplicación de él, de forma que se debe proceder a relacionar la norma con aquellas otras que integran una institución jurídica, y cada institución con las demás, hasta llegar a los principios fundamentales del sistema jurídico.

d) Histórico: las disposiciones legales, aun aquellas que ofrezcan mayores apariencias de novedad, son siempre reproducción, modificación o desarrollo de un Derecho preexistente.

15. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2000), *Constitución y Empleo Público*, Edit. Comares, Granada, en el cual ya se manifestaba la realidad de que nos encontrábamos ante una convergencia de ciertos elementos de régimen jurídico entre el personal laboral y los funcionarios públicos, y que daban origen a una nueva figura, la de empleado público.

a la concesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.”

Por último, debemos rechazar igualmente la argumentación que utiliza la Sala, fundamentada en las previsiones de las disposiciones adicionales sexta del EBEP y séptima de la Ley 40/2007, disposiciones que se limitan a encomendar al Gobierno del Estado la elaboración de unos “informes”, ya que si se examinan los trabajos parlamentarios que dieron origen a su aprobación, se comprobará que la *ratio legis*, que recordemos constituye uno de los elementos interpretativos esenciales, no se corresponde para nada con las consideraciones del Tribunal Supremo, y especialmente, nunca fueron concebidas como una “habilitación o mandato legal” de desarrollo reglamentario.

A la vista de todo lo expuesto, a nuestro juicio, la sentencia objeto de examen carece de una fundamentación suficiente, y especialmente de una adecuada aplicación de los criterios de interpretación de las normas previstos en el artículo 3.1 del Código Civil, por lo cual esperamos que esta decisión, con relación al personal estatutario, sea pronto objeto de revisión, al igual que ha ocurrido en otras ocasiones, por ejemplo, el caso de la evolución jurisprudencial con relación a las contrataciones laborales irregulares en las administraciones públicas, que terminó con la creación de la figura del “indefinido no fijo de plantilla”.

Ahora bien, con relación al ámbito de los funcionarios de carrera, entendemos que esta sentencia no puede ni debe condicionar posteriores pronunciamientos referidos a este colectivo, y es más, quizá sea ese el momento donde el Tribunal pueda tener el motivo y circunstancia adecuada para rectificar una doctrina, a nuestro juicio, manifiestamente errónea, y esta opinión se confirma por el contenido del propio voto particular formulado en contra de la misma. Por ello, consideramos adecuado y necesario continuar con este trabajo, ya que consideramos que el examen que vamos a realizar a continuación permitirá aclarar muchas cuestiones, y más si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una nueva legislación surgida en el año 2007, es decir, cinco años después de la aprobación de las normas objeto de controversia, y que, como se comprobará al examinar su tramitación parlamentaria entre

otras cuestiones, existen sólidas razones para reclamar el reconocimiento incondicionado del derecho a la jubilación parcial, en contra del criterio sostenido por el Tribunal Supremo para el personal estatutario.

2. La controversia de la jubilación parcial de los funcionarios públicos en la doctrina y la más reciente jurisprudencia

2.1. Posiciones doctrinales

A) Debemos comenzar con lo manifestado por Sánchez Morón¹⁶ (presidente de la Comisión redactora del Informe para la elaboración del EBEP), que considera que la jubilación parcial debe reconocerse a solicitud del funcionario, es decir, estamos en presencia de un derecho de aplicación directa que no necesita desarrollo legal alguno; asimismo, considera que las previsiones del apartado segundo del artículo 67, suponen el reconocimiento de que las administraciones públicas podrán regular de forma facultativa “condiciones especiales” para la jubilación parcial de los funcionarios públicos.

B) Por otro lado, nos encontramos ante la posición de Sempere Navarro y Hierro Hierro,¹⁷ los cuales, en contraposición a Sánchez Morón, inicialmente condicionan la puesta en marcha de este derecho a la aprobación de los planes previstos en el apartado segundo del artículo 67 del EBEP, entendiéndolo que esta figura se encuentra vinculada a situaciones de excepcionalidad.

Ahora bien, esta posición no es definitiva por su parte, dado que los mismos autores consideran que también es posible otra interpretación, en concreto, si se toma en consideración la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Socialista¹⁸ por la cual se proponía que se considerara oportuno incorporar la posibilidad de que, por Ley de las Cortes Generales, y con carácter excepcional y dentro de la planificación de recursos humanos, se pudieran establecer condiciones especiales para la jubilación voluntaria y parcial, lo que supone, a *sensu contrario*, que el legislador partía de la consideración de que las previsiones del apartado primero del citado artículo suponían el reconocimiento de un derecho incondicionado y de inmediata aplicación.

16. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova – Valladolid, p. 425.

17. SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J. (2008), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, Aranzadi – Thomson, Pamplona, p. 592.

18. Nos referimos a la enmienda núm. 535 (BOCG – Congreso de los Diputados – núm. 94-9), de 24 de noviembre de 2006.

Finalmente, los mismos autores, con el único argumento de que consideran que la jubilación parcial es una “excepcionalidad” por sí misma, reiteran su argumento inicial.

C) También debemos tener en cuenta lo manifestado por Moreno de Vega,¹⁹ el cual realiza un examen meramente descriptivo de la figura de la jubilación, tanto en el ámbito de la Seguridad Social como desde la perspectiva del régimen de clases pasivas, proponiendo posteriormente un proceso de integración de la jubilación de los funcionarios en el régimen general, considerando difícil una simple transposición de la figura de la jubilación parcial, si bien, desde un criterio económico, no encuentra especiales problemas para la aplicación de la misma de forma inmediata.

Considera, asimismo, que la jubilación parcial está constituida por una relación tripartita (empresario, trabajador jubilado y trabajador sustituto), y que, a su juicio, ese marco jurídico laboral regulador de sus relaciones no presenta especiales dificultades para su traslado al ámbito de la Administración pública, si bien, como conclusión final, estima necesario un desarrollo normativo específico para la aplicación inmediata de la jubilación parcial, especialmente por las previsiones de la disposición adicional sexta del EBEP, que hacen referencia al estudio que deberá ser presentado al Congreso de los Diputados.

D) Por último, resulta adecuado examinar la propuesta formulada por de Sande,²⁰ al analizar una concreta sentencia judicial²¹ favorable al reconocimiento del ejercicio inmediato del derecho a la jubilación parcial por parte de un funcionario de carrera.

La citada autora formula una serie de críticas al contenido de esta sentencia, ya que la misma se manifiesta contraria al reconocimiento inmediato y directo de este derecho a los funcionarios; así, señala:

a) El primero de sus argumentos de justificación de su rechazo es el recogido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla -Sala de lo Social-, de fecha 17 de julio de 2008 (AS/2008/2594), a la que ya nos hemos referido anteriormente. En concreto, la autora considera imprescindible el desarrollo normativo de las previsiones del EBEP para el ejercicio del derecho a la jubilación parcial, y ratifica esta conclusión

apoyándose en las previsiones de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que establece la obligación del Gobierno, en el plazo de un año, de presentar un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación parcial y anticipada de los empleados públicos, con la finalidad de homogenizar regímenes y evitar problemas de sostenibilidad del sistema de protección social.

b) También estima que el principal problema, y que resulta de muy difícil solución, es el cumplimiento de la exigencia legal de la formalización de un contrato de relevo, ya que se desconoce cuál es el instrumento que debe utilizarse en el ámbito de las administraciones públicas (contrato de trabajo o quizás nombramiento interino), añadiendo que además no debe olvidarse que estamos en presencia de un contrato laboral y que, asimismo, estamos en presencia de dos regímenes jurídicos diferentes (laboral y funcional), que no son intercambiables, lo que impide que un puesto de trabajo reservado en su desempeño a funcionarios sea desempeñado por personal laboral.

c) Por último, justifica su rechazo en la existencia de una potestad de autoorganización que resultaría atacada en el caso de que se procediera a una aplicación de la jubilación parcial como 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. Por ello, considera imprescindible la aprobación previa de un Plan de ordenación de recursos humanos como manifestación directa de la potestad de autoorganización de la Administración pública, considerando que no es posible que el ejercicio de un derecho individual a la jubilación condicione la organización administrativa. Por ello, concluye que estamos en presencia “de un derecho condicionado al desarrollo de una normativa específica y de la elaboración de un plan.”

Además, estima la autora que la jubilación parcial, desde la perspectiva del Derecho Laboral, tiene su fundamento en la consecución de un “relevo generacional”, y también en obtener un incremento de la contratación entre desempleados que ayude a mejorar los costes de la Seguridad Social, y añade que en la

19. MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2009), “Jubilación parcial y empleo público en la Administración General del Estado: reflexiones de *lege ferenda*”, en la obra colectiva (AA.VV.) “Estatuto básico del empleado público – XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, (vol. I), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

20. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009), *La jubilación parcial de los funcionarios*, Aranzadi Social 1/2009.

21. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 6 de junio de 2008 (AS/2009/13).

Administración pública es exigible el “interés público”, y por ello, resulta preciso un desarrollo normativo e instrumental específico para los funcionarios. Por todo lo cual, considera que el instrumento adecuado para dar cumplimiento a las exigencias para la aplicación de la jubilación parcial, son las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º EBEP, de forma que estima necesario aprobar por las Cortes Generales una ley, de carácter excepcional y en el marco de un Plan de ordenación de recursos humanos, para que se pueda ejercer el derecho individual de jubilación, es decir, es un derecho condicionado y limitado en su ejercicio.

2.2. Pronunciamientos jurisdiccionales

Para conseguir una visión lo más amplia y detallada posible del tema que nos ocupa, resulta necesario examinar algunos de los pronunciamientos jurisdiccionales más recientes, favorables a la aplicación inmediata del derecho individual a la jubilación parcial. Así, tenemos una serie de sentencias²² que reclaman la aplicación directa de este derecho, debiendo indicar asimismo que, si bien las mismas son susceptibles de recurso, entendemos aportan criterios y fundamentos que pueden ilustrar adecuadamente el debate que estamos intentando estudiar. Así, por su claridad y detalle, procedemos a transcribir algunos de los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias, que entendemos ilustrarán al lector adecuadamente al respecto.

A) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo núm. 5 (11-3-2009), fundamentos de derecho tercero y quinto:

“TERCERO.- Pues bien, de la anterior regulación resulta que las normas estatales básicas han querido conferir al personal funcionario un derecho a la jubilación parcial y en términos muy similares al régimen establecido para los trabajadores en régimen laboral.

“Hemos de considerar que el artículo 67 del Estatuto básico presta amparo jurídico de rango suficiente y eficacia directa e inmediata para solicitar y obtener la jubilación anticipada parcial (cumpliendo los requisitos generales) por las siguientes razones:

“En primer lugar, porque el título IV del Estatuto básico del empleado público (‘Adquisición y pérdida de

la relación de servicio’) constituye una parte de la Ley básica que no está sometida a aplazamiento expreso en su vigencia por la disposición final 4ª.

“En segundo lugar, porque el artículo 33 de la Ley de medidas de la función pública de 1984 (invocado por la Administración para sostener la única modalidad de jubilación a tiempo completo) ha sido expresamente derogado por el citado Estatuto básico según el apartado b) de la disposición derogatoria única.

“En tercer lugar, porque los ‘requisitos y condiciones establecidos en el régimen de la Seguridad Social’ son los relativos a la generación del derecho y alcance de la prestación, ámbito sustantivo material que el Estatuto básico deja en manos de la regulación sectorial de la Seguridad Social (cotizaciones y prestaciones).

“En cuarto lugar, porque existiendo un derecho reconocido por norma de rango legal, no puede objetarse que la legislación de Seguridad Social ha impuesto la existencia de un contrato de relevo hasta la edad de la jubilación. Y no puede objetarse puesto que: primero, esta previsión del contrato de relevo se refiere a los términos y supuestos precisos legales a que se vincula: a la jubilación parcial del trabajador cuya relación se regula por el Estatuto de los trabajadores; y si la legislación general de la Seguridad Social no ha implantado la obligación de un contrato de relevo o similar para el caso de la jubilación parcial de ‘funcionarios’ no puede aplicarse la analogía *in peius*, para excepcionar de un derecho legalmente reconocido.

“En quinto lugar, toda interpretación de un instituto propio de la relación de servicios con la Administración, si es común a la relación laboral y funcionarial, ha de interpretarse bajo consideraciones de igualdad, salvo que se trate de aspectos vinculados a su singular naturaleza. En otras palabras, la fuente de la desigualdad ha de asentarse sobre criterios objetivos y razonables. Pues bien, el Estatuto básico del empleado público se asienta tanto en su preámbulo como en sus determinaciones bajo el confesado ánimo de unificar en lo posible el régimen de laborales y funcionarios, hasta el punto de que el Código de Conducta y el régimen disciplinario de forma pionera en nuestro ordenamiento jurídico queda unificado en gran medida. De ahí, derivamos que el instituto de la ‘jubilación parcial’

22. Entre otras varias, tenemos la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba de 24 de marzo de 2008 (JUR/2009/24053), sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos de 6 de junio de 2008 (AS/2009/13), y sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo, de 11 de marzo de 2009.

expresamente asentado y reconocido para el personal laboral ha de ser aplicado al personal funcionario, no por mimética y caprichosa extensión, sino porque el legislador básico en el artículo 67.4 del Estatuto así lo ha querido expresamente, y además la voluntad de eliminar en este punto toda discriminación se evidencia en la disposición adicional sexta del propio Estatuto cuando encomienda al Gobierno presentar a las Cortes estudios de los distintos regímenes de jubilación 'para asegurar la no discriminación entre colectivos de características similares.'

"En sexto lugar, la condición de un contrato de relevo fijada para los empleados públicos en régimen laboral 'que tendrá como mínimo una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años' ha de interpretarse con arreglo a su finalidad, que no es otra que la de asegurar la prestación continua y completa del servicio o trabajo en beneficio del patrono. Pues bien, en el caso de la jubilación parcial anticipada del funcionario, lo decisivo no es asegurar que la Administración concierte formalmente un contrato de relevo, sino que la Administración garantice o pueda garantizar con una figura legalmente admisible el complemento de la labor del jubilado anticipado parcial.

"A este respecto, dos datos son relevantes. Un primer dato fáctico relevante en el caso concreto planteado, que viene dado porque el empleado funcionario que solicita la jubilación parcial en el caso de autos es peón del servicio de limpieza (o sea, actividad no reservada a personal funcionario y plenamente susceptible de suplirse parcialmente con contratos laborales a tiempo parcial); y un segundo dato jurídico, que el artículo 47 del referido Estatuto básico incorpora la novedad de la posibilidad de personal funcionario 'a tiempo parcial', con lo que nada obsta a incorporar un funcionario interino a tiempo parcial hasta la edad de la jubilación ordinaria del funcionario jubilado también parcialmente."

"QUINTO.- En consecuencia, y por lo expuesto es evidente que no puede alzarse por la Administración la invocación de una Instrucción de la Secretaría General para la Administración Pública de 5 de Junio de 2007 cuando aplaza (o lo pretende) la aplicación del artículo 67.4 del Estatuto. Y es que: a) Una Instrucción sirve para interpretar la Ley pero ello no vincula al juez sino únicamente a los funcionarios de su ámbito llamados a aplicarla en los términos del artículo 21 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común;

b) Una Instrucción no puede derogar o vaciar la efectividad de la Ley que interpreta; c) Y por último, tal Instrucción tiene por destinatario a los órganos de la propia Administración que la dicta, sin que la Administración local aquí concernida pueda sentirse vinculada por tal pauta. En definitiva, las razones de eficacia o las dificultades de aplicación son válidas desde enfoques sociológicos o de Ciencia de la Administración pero no constituyen principio prevalente sobre las reglas sustantivas que reconocen derechos a ciudadanos o, como es el caso, a funcionarios en el marco de su relación especial de sujeción."

B) Sentencia del Juzgado de lo Social de Burgos núm. 1 (6-6-2008):

De esta sentencia nos interesa destacar un argumento que complementa lo anteriormente examinado, que aporta una visión del problema realmente interesante, y que quizás pueda servir de fundamento para la búsqueda de una solución adecuada al problema generado por la deficitaria redacción del EBEP con relación a este tema. Así, el fundamento jurídico quinto señala:

"El art. 166 LGSS es el que establece el derecho a la jubilación parcial y en este caso sí que hay una remisión expresa a un desarrollo reglamentario de la misma. Se dice expresamente que 'el régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca', partiendo de la base de lo dispuesto en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores que regula el denominado contrato a tiempo parcial para el jubilado parcial y para el relevista. Este precepto no reconoce el derecho incondicionado del trabajador a la jubilación parcial sino que lo supedita a que el empresario lo acepte salvo que por norma paccionada se reconozca tal derecho.

"Así las cosas, resulta lo siguiente:

"1.- El trabajador por cuenta ajena no tiene derecho incondicionado a la jubilación parcial ni el empresario está obligado a soportarla mediante la celebración de contratos a tiempo parcial salvo que haya una norma paccionada de sector o de empresa que así lo diga. En el caso que nos ocupa el funcionario público si que tiene el derecho incondicionado a la jubilación parcial, pues el art. 67.4 de la Ley 7/2007, dice que 'procederá' la jubilación parcial de cumplirse los requisitos y condiciones en lo que atañe a la situación del empleado con la Seguridad Social. Esto supone que si el empleado reúne los requisitos y condiciones para acceder al percibo de la pensión de jubilación procede-

rá la jubilación parcial. No ha negado ninguno de los demandados que no los reúna, luego tiene derecho a la jubilación parcial.

“2.- El régimen jurídico que reglamentariamente debía establecerse, a tenor del art. 166 LGSS, es el contenido en el RD 1131/2002 cuyo art. primero establece como ámbito de aplicación el de los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social y otros. Parecen entender los demandados que en el ámbito de aplicación de este Reglamento no se incluyen los funcionarios salvo que haya otro Reglamento que así lo diga y ese Reglamento aún no existe. Entiende este Tribunal que el RD 1131/2002 se refiere a los trabajadores incluidos en el régimen general, porque en la fecha en que se dictó aún no se había regulado el derecho de los funcionarios a la jubilación parcial y no podía decir otra cosa salvo que pretendiese excederse en el mandato legislativo del art. 166 LGSS. Igualmente entiende este Tribunal que esta norma utiliza dos conceptos distintos: el de trabajador por cuenta ajena y el del afiliado al régimen general de la Seguridad Social, lo cual no quiere decir que no pueda haber funcionarios afiliados al régimen general. Los hay y un ejemplo es el del demandante. Si la Ley 7/2007 dice que procederá a la jubilación parcial cuando el funcionario cumpla los requisitos y condiciones de la Seguridad Social, puede estar queriendo decir dos cosas distintas: que el funcionario debe ser, de conformidad con el RD 1131/2002, trabajador por cuenta ajena y pertenecer al régimen general cumpliendo con arreglo a este todas las condiciones y requisitos para acceder a la jubilación parcial o bien que debe cumplir todos los requisitos de dicho RD en lo referente a su condición de integrado en el régimen general aunque no sea trabajador. Entiende este Tribunal que es lo segundo y no lo primero, pues esto supone una flagrante vulneración de un principio lógico fundamental que es el de no contradicción, pues no puede pretenderse que una persona que es funcionario sea al propio tiempo y por la misma relación trabajador por cuenta ajena, cuando o se es una cosa o se es otra, pero se puede ser las dos cosas a la vez.”

3. Consideraciones en torno al origen del conflicto y una propuesta interpretativa

Como indicábamos al principio de este trabajo, la problemática de la nueva regulación introducida por el EBEP sobre la jubilación parcial de los funcionarios públicos y su aplicación inmediata e incondicionada, resulta a la vista de todo lo expuesto anteriormente un problema de difícil resolución, y a nuestro juicio, solo las resoluciones audaces de ciertos juzgados y tribunales superiores han aportado algunos de los criterios claves para cortar el “nudo gordiano”, originado por la falta de un adecuado y reposado trabajo parlamentario con respecto a este tema, y por otro lado, la existencia de una interpretación excesivamente literal y estricta realizada por el Tribunal Supremo tampoco ha ayudado a resolver el tema, que auguramos surgirá con mayor virulencia en los casos del personal funcionario de carrera.

Por ello, consideramos esencial para poder formular unas conclusiones lo más certeras posibles sobre esta cuestión, proceder al examen detallado de diversas cuestiones en torno al proceso de elaboración del precepto y también del contenido de las resoluciones judiciales anteriormente expuestas.

3.1. Génesis del precepto

Efectivamente, resulta esencial proceder al estudio de la *ratio legis* de los preceptos origen del conflicto, es decir, los trabajos parlamentarios que dieron origen a su aprobación, que, entendemos, nos van a aportar mucha luz al respecto.

Así, debemos comenzar con la génesis del artículo 67. 2 y 4 del EBEP, ya que, en el Proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, no recogía esta regulación, sino que se limitaba a regular la jubilación voluntaria.²³ Es precisamente en vía parlamentaria cuando se incorpora la misma, y en concreto, nos referimos a las enmiendas presentadas por el Grupo Mixto (J. A. Labordeta), Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Grupo de Esquerra Republicana

23. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 8 de septiembre de 2006 - Núm. 94-1.

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

(ERC), Grupo Popular y Grupo Convergència i Unió. Ahora bien, sus propuestas eran muy diferentes; así:

a) Tenemos inicialmente un grupo de enmiendas que, con diferencias entre las mismas, tienen un elemento coincidente, que no es otro que el simple reconocimiento del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos, pero quedando su aplicación concreta diferida a un posterior desarrollo legal. Nos referimos a las propuestas de los grupos de Esquerra Republicana (ERC) y el Grupo Popular,²⁴ las cuales fueron rechazadas íntegramente durante la tramitación parlamentaria, aspecto

sobre el que queremos llamar la atención a los efectos de las conclusiones finales de este trabajo.

b) Por otro lado, nos encontramos con otro grupo de enmiendas cuya finalidad era incorporar la figura de la jubilación parcial, pero procediendo de forma paralela a la regulación de un específico régimen de aplicación de la misma. Nos estamos refiriendo a las formuladas por el Grupo Mixto (J. A. Labordeta) y el Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds,²⁵ las cuales también fueron rechazadas íntegramente durante la tramitación parlamentaria, si bien queremos destacar como elemento

24. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 301 - Firmante: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC).

“De adición de un nuevo apartado al artículo 67.

“Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 67, con la siguiente redacción:

“‘Por Ley de las Cortes Generales se establecerán los mecanismos básicos para regular la jubilación parcial de los funcionarios públicos, de acuerdo con los requisitos que se fijen en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.’

“Justificación

“Esta enmienda viene a cubrir un claro déficit regulatorio en la normativa actual que impide la aplicación de la figura de la jubilación parcial de los funcionarios públicos y, a su vez, la correlativa aplicación de fórmulas análogas al contrato de relevo en el ámbito laboral, adaptadas a las peculiaridades de los funcionarios públicos.

“La introducción del precepto supondría, además, la solución a supuestos que con el marco normativo actual tienen soluciones de difícil encaje, tanto en la normativa como en las necesidades de los servicios -es el caso de la interpretación forzada de los supuestos de segunda actividad, por ejemplo.”

– Enmienda núm. 392 - Firmante: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

“De modificación del artículo 67.

“Artículo 67. Jubilación.

“1. La jubilación de los funcionarios podrá ser:

“a) Voluntaria, a solicitud del funcionario.

“b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida.

“c) Por la declaración de incapacidad permanente o total para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por la declaración de una incapacidad absoluta.

“2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones que se desarrollen reglamentariamente.

“Las administraciones públicas podrán establecer incentivos económicos a la jubilación voluntaria siempre que se cumplan los requisitos establecidos para la misma.

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

“No obstante, los funcionarios, en los términos de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, podrán prolongar voluntariamente su permanencia en el servicio activo como máximo hasta que cumplan setenta años de edad, siguiendo el procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

“De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas específicas de jubilación.

“4. Los funcionarios podrán acogerse a la jubilación parcial en los términos que se establezcan en las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

“Justificación

“Se mejora sustancialmente el texto remitido por el Gobierno, al incorporar mediante esta enmienda la posibilidad de establecer incentivos económicos a la jubilación voluntaria, posibilitando la renovación de los efectivos y la edad media del personal al servicio de las administraciones públicas, incorporando un mayor número de efectivos en las ofertas de empleo público.

“A través del contenido del apartado cuarto se incorpora como aspecto novedoso la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial de los funcionarios.”

25. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 36 - Firmante: Don José Antonio Labordeta Subías (Grupo Parlamentario Mixto).

“De adición al artículo 67.1.d).

“Añadir un nuevo apartado: ‘d) Jubilación parcial, evitando no obstante con su aplicación el fomento del empleo temporal en la Administración optando por la acumulación de tareas en los puestos de trabajo de los empleados que opten por la jubilación parcial para ofrecer las plazas resultantes de la acumulación en la oportuna oferta pública de empleo.’

importante que nos puede ayudar a determinar el sentido final de la voluntad del legislador, que en la enmienda del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, se realiza una propuesta de la que se puede deducir que se considera que la modificación propuesta se configura como una simple equiparación entre el régimen general de la jubilación parcial, hasta ese momento existente para los trabajadores, y su traslación a los funcionarios, pero en las mismas condiciones, de forma que se propone regular la sustitución de la figura del “contrato de relevo” por la del “funcionario interino a tiempo parcial”.

Pues bien, esta propuesta fue también rechazada por nuestro Parlamento, lo que nos lleva a formular una primera consideración. Así, tras examinar estas primeras actuaciones parlamentarias, nos encontramos con el hecho de que fueron rechazadas de forma expresa y, por ello, de su contenido pueden deducirse las siguientes aseveraciones:

- No se ha admitido por el Parlamento una regulación legal de la jubilación parcial condicionada a un futuro desarrollo normativo.

- También se ha rechazado una regulación de aplicación inmediata, pero que pretendía equiparar directamente la jubilación parcial de los funcionarios públicos con la de los trabajadores de cualquier empresa privada, promoviendo la sustitución de los requisitos que debían cumplimentar estas empresas por otros de carácter equivalente para las administraciones públicas, en concreto, los funcionarios interinos a tiempo parcial.

c) Por último, nos encontramos con las enmiendas del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió,²⁶ las cuales debemos examinar con atención, dado que las mismas fueron aprobadas y pasaron a formar parte del texto definitivo del EBEP, sin modificación alguna, durante el resto de la tramitación parlamentaria, es decir, el legislador asumió que la jubilación parcial se configurara como un derecho incondicionado, dependiendo su ejercicio únicamente de la voluntad del funcionario y con el único requisito de que este, a título personal, “reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”, y

“Justificación

“Extender la posibilidad de la jubilación parcial mediante el contrato por acumulación de tareas también al empleo público, creando además nuevo empleo público.”

– Enmienda núm. 180 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

“De adición.

“Artículo 67.d). Se propone añadir una nueva letra d) con el siguiente texto:

“‘d) Jubilación parcial.’”

– Enmienda núm. 181 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds

“De adición.

“Artículo 67.4. Se propone añadir un nuevo apartado 4 con el siguiente texto:

“‘4. La jubilación parcial, que podrá concertar el funcionario con la Administración, consistirá en una reducción de la jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 75 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión correspondiente con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida. La ejecución de la jubilación parcial y su retribución, serán compatibles con la pensión correspondiente, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total. La Administración podrá contratar simultáneamente a un funcionario interino a tiempo parcial, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.’”

26. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 480 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de una nueva letra d) en el apartado 1 del artículo 67 del referido texto.

“Redacción que se propone:

“Artículo 67. Jubilación.

“(nueva letra) ‘d) Parcial.’

“Justificación

“Incorporar la posibilidad de que los funcionarios puedan acceder a la jubilación parcial.”

– Enmienda núm. 481 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de un nuevo apartado 4 en el artículo 67 del referido texto.

“Redacción que se propone:

“Artículo 67. Jubilación.

“(nuevo apartado) ‘4. 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.’

“Justificación

“Incorporar la posibilidad de que los funcionarios puedan acceder a la jubilación parcial.”

esta conclusión la formulamos a la vista del rechazo que tuvieron las otras enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios, en especial, aquellas que expresamente pretendían diferir la aplicación de la jubilación parcial a un posterior desarrollo normativo. Por ello, tanto por la literalidad del precepto como por su proceso de aprobación, las consecuencias solo pueden ser las señaladas anteriormente, cuestión diferente es que los parlamentarios no calcularan adecuadamente las consecuencias de lo que aprobaban.

3.2. Adecuación de los criterios aplicados por los juzgados y tribunales a las consecuencias deducidas de la génesis parlamentaria del precepto

A la vista de las conclusiones que hemos extraído de los trabajos parlamentarios desarrollados para la aprobación del artículo 67. 2 y 4 del EBEP, debemos manifestar nuestra conformidad con algunos de los fundamentos utilizados por los juzgados y tribunales para justificar la inmediata aplicación de la jubilación parcial a los funcionarios. Así, debemos recordar:

a) Debe tenerse en cuenta que el título IV del Estatuto básico del empleado público (“Adquisición y pérdida de la relación de servicio”) no está sometido a aplazamiento expreso en su vigencia por la disposición final 4ª, y las previsiones del artículo 33 de la Ley 30/1984 LMRFP, regulador del derecho a la jubilación de los funcionarios públicos, se encuentra derogado expresamente.

b) El régimen jurídico de Seguridad Social aplicable en los casos examinados por los tribunales estaba configurado por las previsiones del artículo 166 LGSS, precepto desarrollado por el RD 1131/2002, cuyo artículo 1º determina como ámbito de aplicación el de los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social y otros. A la vista del mismo, los tribunales han considerado que el RD 1131/2002 se refiere a los trabajadores incluidos en el régimen general, porque en la fecha en que se dictó aún no se había regulado el derecho de los funcionarios a la jubilación parcial y no podía decir otra cosa, salvo que pretendiese excederse en el mandato legislativo del artículo 166 LGSS, si bien no debemos olvidar en este punto la interpretación literalista realizada por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de julio de 2009, que ha sido objeto de estudio anteriormente, y de nuestra manifiesta críti-

ca. Ahora bien, debemos destacar cómo las sentencias de los juzgados ya citadas, añaden el argumento que nos parece de especial interés, que permite, a nuestro juicio, de una forma audaz y coherente, cortar el nudo originado por la regulación del EBEP; y este argumento consiste en considerar que esta norma utiliza dos conceptos distintos, a saber, en primer lugar, el de trabajador por cuenta ajena, y, en segundo lugar, el del afiliado al régimen general de la Seguridad Social, lo cual supone que puede haber funcionarios afiliados al régimen general.

Así, no hay que olvidar cómo fue la propia legislación estatal (en especial el RDL 670/1987, Ley de clases pasivas del Estado, y el RDL 4/2000 de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado) la que excluyó a los funcionarios de las comunidades autónomas de este régimen, los cuales se encuentran actualmente, en su totalidad, integrados en el régimen general de la Seguridad Social, salvo los que fueron objeto de transferencia; y por otro lado, tenemos el otro colectivo más importante, el de los funcionarios de la Administración local, que, recordemos, fueron integrados de forma obligatoria en el régimen general de la Seguridad Social, de conformidad con las previsiones del RD 480/1993. Por lo tanto, la afirmación de los tribunales es totalmente correcta y sin discusión posible, ante la realidad de unos hechos que no puede negar la Seguridad Social, la cual, por cierto, ha recibido sin problema alguno todas sus cotizaciones durante todos estos años.

Continúan los tribunales señalando que si el EBEP indica que procederá a la jubilación parcial cuando el funcionario cumpla los requisitos y condiciones de Seguridad Social, puede estar queriendo decir dos cosas distintas: que el funcionario debe ser, de conformidad con el RD 1131/2002, trabajador por cuenta ajena, y pertenecer al régimen general, cumpliendo, con arreglo a este, todas las condiciones y requisitos para acceder a la jubilación parcial; o bien que debe cumplir todos los requisitos de dicho Real decreto en lo referente a su condición de integrado en el régimen general, aunque no sea trabajador.

La solución a esta alternativa que adopta el Tribunal, a nuestro juicio la más razonable, y respetuosa con los criterios hermenéuticos analizados anteriormente, es la segunda, pues lo contrario supondría una flagrante vulneración de un principio lógico fundamental que es el de no contradicción, pues no puede pretenderse que una persona que es funcionario sea al propio

tiempo y por la misma relación trabajador por cuenta ajena, cuando o se es una cosa o se es otra, pero se puede ser las dos cosas a la vez.

A la vista de estos fundamentos, debemos considerar lo ajustado a la *ratio legis* de sus conclusiones, dado que, como hemos visto anteriormente, durante la tramitación parlamentaria se rechazaron todas aquellas enmiendas que pretendían diferir la jubilación parcial a un futuro desarrollo normativo, o bien, las otras que proponían introducir una regulación específica para los funcionarios de carrera, resultando aprobada únicamente la que reconocía como derecho la jubilación parcial, exigiendo para su ejercicio solo una decisión voluntaria del funcionario y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen de Seguridad Social que les resultara aplicable, lógicamente en su condición de funcionarios, pero nunca como trabajadores.

3.3. La función de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º y de la disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP, y de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social

Alcanzado este punto de nuestro trabajo, resulta preciso examinar el contenido del artículo y las citadas disposiciones, por cuanto las mismas han sido utilizadas, como ya hemos visto, por la doctrina²⁷ como argumento para considerar inaplicable, hasta un posterior desarrollo normativo, la figura de la jubilación parcial.

1º) Artículo 67.2 párrafo 2º de la Ley 7/2007 EBEP.

“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.”

Al igual que en el caso del articulado del EBEP, estimamos necesario examinar la génesis parlamentaria del precepto, ya que un sector de la doctrina asigna un

papel básico al mismo en el desarrollo de la jubilación parcial, de forma que consideran que la misma solo resultaría de aplicación en las condiciones y requisitos establecidos por la previa aprobación de la correspondiente Ley, al amparo de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º del EBEP. Pues bien, esta tesis debe ser rechazada tras examinar su origen parlamentario; así, la misma es fruto de una enmienda al articulado formulada por el Grupo Parlamentario Socialista,²⁸ que utiliza como motivación para justificar la misma la siguiente:

“Se considera oportuno prever la posibilidad, por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de recursos humanos, de establecer condiciones especiales para la jubilación.”

Es decir, en ningún caso se formula la enmienda con la finalidad de condicionar la aplicación inmediata y directa de la jubilación parcial, sino que se pretende otorgar a las administraciones públicas la posibilidad “excepcional” de regular condiciones para favorecer las jubilaciones de los funcionarios, es decir, estamos hablando de la línea manifestada en declaraciones públicas, por el entonces ministro de administraciones públicas (Sr. Sevilla), de la necesidad de rejuvenecer la Administración e iniciar planes de jubilación anticipada de los mismos, propuesta que el Ministerio de Economía y Hacienda se encargó de desactivar y dejarla en una mera reflexión, y, fruto de ello, resulta esta enmienda del Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo tanto, debe ser rechazado como argumento de contrario el contenido de este precepto, dado que su finalidad es meramente complementaria y excepcional, y por ello, no significa el reconocimiento incondicionado del derecho a la jubilación parcial.

2º) Disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP.

“Jubilación de los funcionarios.

“El Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de

27. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009), SEMPERE NAVARRO, A. V., e HIERRO HIERRO, F. J. (2008), y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2009).

28. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

Enmienda núm. 535 - Firmante: Grupo Parlamentario Socialista del Congreso.

“De modificación del artículo 67, apartado 2, segundo párrafo.

“Se propone la modificación del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 67, que tendrá la siguiente redacción:

“2. /.../

“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.”

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 las mismas razones que las alegadas anteriormente, procede examinar la tramitación parlamentaria de la misma. Así, esta resulta consecuencia de la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió),²⁹ que resultó aprobada con una simple modificación, en concreto, la ampliación del plazo previsto para la elaboración del informe de seis meses a un año, debiendo recordarse que es una enmienda de este mismo grupo la que introduce la jubilación parcial en su actual redacción, por lo cual, el contenido de esta debe ser interpretado sistemáticamente con la otra, y por ello resulta necesario examinar su motivación:

“Prever la realización de un estudio sobre la situación de acceso a la jubilación entre los distintos colectivos de funcionarios que permita asegurar la no discriminación entre colectivos similares.”

Como se puede observar, el sentido de la misma en ningún caso está condicionando la entrada en vigor de la jubilación parcial, sino que pretende constatar y poner los medios para resolver un problema que cualquier lector avezado habrá previsto, y que entre otros, destaca la convivencia, en las comunidades autónomas y Administración local básicamente, de funcionarios con dos regímenes de Seguridad Social diferentes (régimen general de la Seguridad Social y régimen de clases pasivas), con la particularidad de que, como indicamos anteriormente, la segunda no tiene en estos momentos regulación alguna sobre la jubilación parcial.

Lo anteriormente expuesto también supone que quede vacío de contenido uno de los fundamentos uti-

lizados por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 2009.

3º) Disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social.

“Disposición adicional séptima. Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos.

“En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, 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.

“En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior.”

Esta disposición también ha sido utilizada por la doctrina para justificar la imposibilidad de reclamar la aplicación inmediata de la jubilación parcial de los funcionarios públicos, y, por ello, procederemos de la misma forma que en los supuestos anteriores.

Así, debe destacarse que el Proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales³⁰ no incluía previsión alguna a este respecto, y así, con referencia a la materia que nos ocupa, se produjeron algunas enmiendas del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida–Iniciativa per Catalunya Verds. Un primer grupo de

29. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

Enmienda núm. 496 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de una nueva disposición adicional al referido texto.

“Redacción que se propone:

“(nueva) Disposición adicional. Jubilación de los funcionarios.

“El Gobierno, en el plazo de seis meses, presentará 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.”

30. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 23 de febrero de 2007 - Núm. 126-1.

ellas,³¹ reclama fundamentalmente la eliminación de la regulación normativa que provoca, a su juicio, la posibilidad de que se declare una incompatibilidad entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y la percepción de la correspondiente pensión contributiva por jubilación parcial, lo que interpretamos como el reconocimiento tácito de la realidad generada por el artículo 67.4 del EBEP, es decir, la aprobación del derecho incondicionado a la jubilación parcial. De todas formas, este mismo Grupo formuló otra enmienda realmente interesante, que confirma una de nuestras consideraciones iniciales, es decir, la regulación del EBEP ha introducido una manifiesta discriminación entre funcionarios, en función de su afiliación al régimen de clases pasivas o al general de la Seguridad Social, ya que el primero no tiene regulada la jubilación parcial, y en esta línea la enmienda núm. 78³² propone la modificación del RDL 670/1987, Ley de clases pasivas, para que se reconozca esta clase de jubilación, siendo la motivación utilizada por los parlamentarios clarificadora: "...se añade (en el artículo 28), como hecho causante que da lugar a la pensión de jubilación para todo el personal de clases pasivas, el nuevo modelo de jubilación que se introduce en el artículo 67 del recientemente aprobado Estatuto básico del empleado público (la jubilación parcial)."

Desgraciadamente, este intento razonable de solucionar la regulación incompleta y poco reflexionada, además de discriminatoria, establecida en el EBEP, fue rechazado

durante la tramitación parlamentaria, si bien entendemos que resulta indicativo de la aceptación de la entrada en vigor y aplicación inmediata de la jubilación parcial.

Por último, en la enmienda núm. 79, este Grupo reitera la propuesta que formuló durante la elaboración parlamentaria del EBEP, en concreto, el reconocimiento de los "funcionarios interinos relevistas", para establecer una homogenización del régimen funcional con el de los trabajadores.

Por otro lado, destaca la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió),³³ en la cual se propone simplemente que se declare de forma expresa que las medidas contenidas en el Proyecto de ley resultan también de aplicación a los funcionarios. A este respecto, cabe indicar que, a pesar de la motivación incorporada a la enmienda, no se logra alcanzar su sentido, salvo que la misma esté reconociendo que la regulación del EBEP lo que establece es el reconocimiento de la jubilación como afiliado y no como trabajador, y por lo tanto, tal como anticipaban las resoluciones judiciales que hemos examinado, no resulta de aplicación a la jubilación de los funcionarios, en especial, la exigencia del contrato de relevo incorporada por el artículo 166 de la LGSS. De todas formas, esta propuesta también fue rechazada en ponencia.

Es precisamente en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales,³⁴ donde se rechazan todas estas enmiendas y se incorpora una nueva "disposición adicional séptima", en el sentido

31. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

En concreto nos referimos a las enmiendas núm. 56 y 59.

32. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

Enmienda núm. 78 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

"De adición.

"Se añade una nueva disposición adicional con el siguiente redactado:

"Disposición adicional (nueva). Modificación del Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado.

"Uno. Se añade una nueva letra en el apartado 2 del artículo 28 del Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, con el siguiente tenor:

"'c' (nueva). Jubilación parcial en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley (XXX), de medidas en materia de Seguridad Social.'"

33. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

Enmienda núm. 78 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

"De adición de una nueva disposición final.

"Redacción que se propone:

"Disposición final (nueva). Empleados públicos.

"Las medidas contenidas en esta Ley serán también de aplicación a los empleados públicos.'

"Justificación

"Clarificar que las medidas contenidas en el Proyecto de ley también serán de aplicación a los empleados públicos."

34. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 26 de junio de 2007 - Núm. 126-14 - Informe de la Ponencia - 121/000126 Medidas en materia de Seguridad Social.

que ya conocemos. Este informe fue aprobado como Dictamen de la Comisión posteriormente, sin sufrir alteración alguna.

Lógicamente, lo primero que se aprecia es que, tras el rechazo de todas las enmiendas tendentes a resolver la situación de discriminación entre colectivos funcionariales, generada por la regulación incompleta del EBEP, aparece, tras negociación en el seno de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, la controvertida disposición adicional séptima, que vuelve a insistir en la línea de lo previsto en la disposición adicional sexta del EBEP, es decir, demorar lo más posible la solución al problema planteado con la regulación del artículo 67.4 EBEP, con referencia a los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado, ya que a los de las comunidades autónomas y Administración local, les resulta de directa aplicación la jubilación parcial, sin condicionamiento alguno. No obstante, la mala técnica legislativa empleada existe, y va a generar graves trastornos a estos empleados públicos, pues muchos de ellos se van a ver condenados a acudir a los tribunales para que se les reconozca su derecho, y dada la situación de saturación de nuestros ordenes jurisdiccionales nos tememos que, cuando se conozca la resolución judicial, el recurso carezca de sentido, pues ya no será posible cumplir la finalidad por la que se interpuso; o incluso puede darse el riesgo de que se pretenda aplicar miméticamente la doctrina fijada por el Tribunal Supremo para el personal estatutario, cuando, como se ha acreditado, la misma resulta muy endeble en toda su argumentación, y además, recordemos que su ámbito subjetivo se refiere solo al personal estatutario, y el marco jurídico de los funcionarios de carrera es el determinado por la Ley 7/2007 EBEP. A lo anterior, hay que añadir simplemente un hecho, que no es otro que, casi dos años después de su aprobación, no hay noticias, ni se esperan, del famoso informe que debía haber elaborado el Gobierno.

Con independencia de lo anterior, debemos añadir alguna reflexión complementaria que puede ayudarnos a comprender el sentido de esta disposición adicional. Así:

a) La literalidad del precepto señala expresamente que el Gobierno presentará un estudio "...sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos"; llamamos la atención sobre que el legislador utiliza el término "reguladora", y no otro del tipo "que regulará" o alguna referencia a la existencia de una aplicación diferida o la necesidad de una legislación de desarrollo, es decir, se está

reconociendo que ya existe una regulación vigente y aplicable directamente sobre la materia.

b) En cuanto al alcance del Informe, debemos examinar los tres aspectos básicos sobre los que se centra el mismo:

1. Iniciamos el examen con el estudio de la expresión: "la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación", es decir, la literalidad de la misma nos lleva a considerar que se está refiriendo a los resultados que, pasado un año, se hayan producido en la aplicación del artículo 67. 2 y 4 del EBEP.

2. El siguiente contenido del informe deberá ser: "las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social". Lo primero a destacar es que la disposición se refiere a la "aplicación", que no a la "futura o posible aplicación" del nuevo sistema de jubilaciones; por otro lado, es fácil comprender que el reconocimiento a un amplio colectivo de funcionarios de este derecho, puede generar disfunciones en la situación general del régimen de pensiones, y en especial, en la económica del mismo para poder atender esta demanda, ya que recordemos que en los principios de los años ochenta se produjo una masiva incorporación de personal al servicio de todas las administraciones públicas, y en buena lógica, en un periodo de aproximadamente 15 años un amplísimo número de funcionarios van a estar en condiciones de optar por el ejercicio de esta posibilidad de jubilación. Por lo tanto, la decisión del legislador de reconocer la jubilación parcial obliga a plantearse los mecanismos adecuados para dotar suficientemente los fondos de los correspondientes regímenes de Seguridad Social, para poder atender un posible aluvión de jubilaciones.

3. Por último, el precepto se refiere a la "homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes." Como hemos visto anteriormente, existe un problema básico, y es el que el régimen de clases pasivas no tiene reconocida en su normativa la posibilidad de la jubilación parcial, a diferencia del régimen general de la Seguridad Social, y a lo anterior deben añadirse otros problemas, como la diferencia que existe entre los mismos, en cuanto a los requisitos que deben reunir los funcionarios para el acceso a la jubilación anticipada, y también la determinación de la base reguladora para la determinación de la cuantía de la pensión a percibir; todos ellos son problemas que el legislador no ha resuelto adecuadamente en el momento en que procedió en el EBEP a reconocer

los derechos de jubilación anticipada y parcial, y que, cuando se aprobó la Ley 40/2007, también desaprovechó la ocasión, a pesar de que ciertos grupos parlamentarios intentaron, por medio de sus enmiendas, todas ellas rechazadas, aportar algunas soluciones al problema generado.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que las previsiones de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, en ningún caso pueden ser utilizadas como argumento para sostener que existe un reconocimiento de un derecho condicionado a un futuro desarrollo normativo; al contrario, su contenido ratifica la consideración de que debe reconocerse, sin duda alguna, que el derecho a la jubilación parcial de los funcionarios es un derecho incondicionado, y de aplicación inmediata para todos aquellos que se encuentren afiliados al régimen general de la Seguridad Social. Cuestión diferente es la de los otros colectivos funcionariales, sometidos a otras clases de regímenes sociales.

3.4. La cuestión de la exigencia de un “contrato de relevo” conforme determina el artículo 166 de la LGSS, en el caso de la jubilación parcial de los funcionarios

En este punto debemos manifestar que, a nuestro juicio, el debate no puede centrarse en la búsqueda de mecanismos o instrumentos que permitan, en el ámbito de la función pública, sustituir la figura del “contrato de relevo” por otra que cumpla las finalidades de la misma, si bien entendemos que no existiría ningún problema con el actual marco normativo, en concreto las previsiones de los artículos 10 (funcionarios interinos) y 47 (jornada a tiempo parcial) del EBEP, para dar cumplida cuenta de estas exigencias, pero incluso una modificación legislativa más precisa, siempre deseable, resolvería definitivamente cualquier duda al respecto.

Pero, a nuestro juicio, la cuestión clave es que debe considerarse que esta exigencia no resulta de aplicación en el ámbito de la función pública, y ello por cuanto, como se ha apreciado al examinar la génesis parlamentaria de los preceptos origen del conflicto, las diferentes enmiendas planteadas por los grupos parlamentarios sostuvieron la incorporación de mecanismos que sustituirían la figura del “contrato de relevo”, pero todas ellas fueron rechazadas en vía parlamentaria; es decir, esa posibilidad fue objeto de examen y consideración durante la tramitación de los textos legislati-

vos, y se consideró improcedente su incorporación. Por ello, entendemos que el legislador optó expresamente por la consideración de distinguir entre “trabajador” y “afiliado a la Seguridad Social”, en la línea ya reconocida por algunos tribunales, de forma que decidió incorporar un régimen específico para esta clase de personal, donde el requisito de exigencia de esta clase de contrato desaparece.

4. Conclusiones finales

Primera.- A la vista de todo lo expuesto, podemos formular una serie de consideraciones sobre el panorama que presenta en el momento actual la cuestión de la regulación de la jubilación parcial de los funcionarios públicos. Así:

A) En cuanto al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, recordemos que ostentan la condición de “trabajadores”, tal y como determina el artículo 7º del EBEP, y que se regirán, en sus relaciones jurídicas, por la legislación laboral y demás normas convencionales, salvo los preceptos del EBEP que dispongan lo contrario; y en este punto nada dice el Estatuto.

Por ello, debe considerarse que a esta clase de empleados públicos les resultan de aplicación las previsiones del artículo 166 LGSS y 12.6 del Estatuto de los trabajadores, sin modulación alguna.

B) Con referencia a los funcionarios de carrera, resulta necesario establecer una distinción:

1.- Funcionarios de carrera sometidos al régimen de Seguridad Social regulado por el RDL 670/1987, de 30 de abril, Texto refundido de la Ley de clases pasivas, y el RDL 4/2000, de 23 de junio, Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado. Las citadas normas no reconocen de ninguna manera la posibilidad de la jubilación parcial, de lo que han sido conscientes los legisladores, ya que, como hemos estudiado anteriormente, se plantearon varias enmiendas al respecto, con la finalidad de que esa posibilidad se incorporara a ese marco normativo, si bien las mismas fueron rechazadas. Por ello, debemos concluir que, conforme determina el propio artículo 67.4 EBEP, al no estar reconocida en su régimen de Seguridad Social esta posibilidad, este derecho carece de posibilidad de exigencia inmediata y directa por estos funcionarios, lo que lógicamente genera una manifiesta discriminación injustificable.

2.- Por otro lado, tenemos el colectivo de funcionarios sometidos al régimen general de la Seguridad Social, que, como señalamos anteriormente, está conformado fundamentalmente por los pertenecientes a las comunidades autónomas y la Administración local. En este caso, por los argumentos anteriormente señalados, consideramos que ostentan un derecho incondicionado a la jubilación parcial, que no puede ser limitado ni por la exigencia de un desarrollo normativo posterior, ni tampoco por la exigencia de que los mismos deban ser sustituidos por un “contrato de relevo”, que resultaría un requisito inaplicable en este ámbito subjetivo, tal como se encuentra en estos momentos regulado este derecho.

Segunda.- Por otro lado, de Sande³⁵ ha planteado la cuestión de la determinación del orden jurisdiccional competente para la resolución de los conflictos que puedan surgir, en torno al reconocimiento del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios. A este respecto, debemos indicar que, a nuestro juicio, y coherente con lo expuesto hasta este momento, el objeto procesal a debatir será siempre la decisión del Instituto de la Seguridad Social, por cuanto la discusión debe centrarse únicamente en si el funcionario cumple o no los requisitos que, como afiliado, le son exigibles para acceder a la jubilación parcial; en ningún caso corresponde al funcionario justificar o iniciar procedimiento alguno para exigir a la Administración pública, con la que mantiene su relación de servicio, que proceda a formalizar algún tipo de nombramiento de “sustitución”, en primer lugar porque, como ya hemos indicado, entendemos que este no es un requisito exigible para la jubilación parcial de esta clase de personal, y en todo caso porque, como señala en su fundamentación jurídica el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo (11-3-2009):

“...porque existiendo un derecho reconocido por norma de rango legal, no puede objetarse que la legislación de Seguridad Social ha impuesto la existencia de un contrato de relevo hasta la edad de la jubilación. Y no puede objetarse puesto que: primero, esta previsión del contrato de relevo se refiere a los términos y supuestos precisos legales a que se vincula: a la jubilación parcial del trabajador cuya relación se regula por el Estatuto de los trabajadores; y si la legislación general de la Seguridad Social no ha implantado la obligación de un contrato de relevo o similar para el caso de la jubilación

parcial de ‘funcionarios’ no puede aplicarse la analogía *in peius*, para excepcionar de un derecho legalmente reconocido.”

Por lo tanto, a nuestro juicio, la competencia jurisdiccional para resolver esta clase de conflictos debe residir necesariamente en la jurisdicción social, dado que el objeto procesal es una decisión del INSS, sobre el cumplimiento por parte del funcionario de los requisitos legales para acceder a la jubilación parcial, y por ello, se encuentra incluido en las previsiones del artículo 2º del Real decreto legislativo 2/1995, Texto refundido de la Ley de procedimiento laboral.

Tercera.- También resulta preciso señalar que la doctrina dictada por el Tribunal Supremo (STS 22-7-2009) para el personal estatutario de los servicios sanitarios, que declara el carácter condicionado de este derecho a la jubilación parcial, resulta muy endeble en toda su argumentación, tal como hemos acreditado a lo largo de este estudio, no debiendo olvidarse tampoco el destacado voto particular formulado a la misma. Además, recordemos que su ámbito subjetivo se refiere solo al personal estatutario, por lo cual no resulta razonable ni adecuado pretender realizar una traslación mimética al ámbito de los funcionarios públicos, que además tienen un marco jurídico propio, en concreto, la Ley 7/2007 EBEP, lo que determina que la *ratio legis* de sus previsiones es claramente opuesta a las tesis defendidas por el Tribunal Supremo.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, estimamos que la resolución definitiva de este “nudo gordiano” pasa finalmente por la asunción por parte del legislador del problema generado, y por ello, sin necesidad de esperar a unos informes que, por cierto, ya llevan un año de retraso, es necesario que se promueva una modificación legislativa que resuelva definitivamente el problema, y se proceda a regular de forma homogénea y sin discriminaciones las figuras de la jubilación anticipada y parcial de los funcionarios públicos. ■

35. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009).