

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS****Sala de lo Contencioso-Administrativo****APELACION Nº 250/09****APELANTE: SESPA****PROCURADOR: D. RAMON BLANCO GONZALEZ****RECURRIDO:** [REDACTED]

09/67

**SENTENCIA DE APELACIÓN nº 260/09****Ilmos. Sres.:****Presidente:****D. Jesús María Chamorro González****Magistrados:****Dña. María José Margareto García****D. Francisco Salto Villén**

En Oviedo, a catorce de septiembre de dos mil nueve.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 250/09, interpuesto por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y representado por el Procurador D. Ramón Blanco González contra [REDACTED] representado por la Letrada Dña. Natalia Rodríguez Arias. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José Margareto García.





### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Abreviado nº 169/09 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de los de Oviedo.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 25 de mayo de 2009. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos. Se señaló como cuantía indeterminada.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 11 de septiembre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal del SESPA se somete a la consideración de esta Sala la sentencia de fecha 25 de mayo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de los de Oviedo, que estimó el recurso formulado por la representación legal de [REDACTED] contra la resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Principado de Asturias de fecha 10 de febrero de 2009, que desestima el recurso de alzada planteado contra la resolución por la que se le deniega la declaración de jubilación parcial, por ser contraria a derecho y, en consecuencia, nula, se alza el presente recurso de apelación interpuesto por el Servicio de Salud del Principado de Asturias al señalar que en el momento actual no permite la legislación vigente aplicar las normas de Seguridad Social en materia de jubilación anticipada y parcial al personal que presta





sus servicios en instituciones sanitarias del SESPA, pese al incumplimiento por parte del Gobierno del mandato legislativo, al faltar el segundo requisito fijado por el artículo 26-4 del E.M. para el acceso a la jubilación parcial.

A dichas pretensiones se opuso D. Manuel de la Peña Fernández en los términos que constan en su escrito de oposición a la apelación, señalando que en el presente caso la recurrente cumple los requisitos previstos en el art. 166-2 de la L.G.S.S., interesando que se confirme la sentencia recurrida, con cita asimismo de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia Castilla-León y Madrid, interesando la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.-** Como ha señalado esta Sala en sentencia de 21-5-2009 la cuestión relativa a si para poder acceder el personal estatutario a la jubilación voluntaria parcial que regula de nueva planta respecto de dicho personal el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de fecha 16 de diciembre del año 2003, toda vez que hasta ese momento la jubilación voluntaria parcial sólo se regulaba respecto de los trabajadores, es ciertamente controvertida y existen soluciones enfrentadas tanto en la doctrina como en distintas Sentencias dictadas por la Jurisdicción Social y la Contencioso-Administrativa, las cuales se reseñan tanto por la Sentencia apelada como por la parte apelante.

La dificultad deriva no sólo de la novedad de la regulación en el ámbito del personal estatutario, y más recientemente en el ámbito del personal funcionario al servicio de las distintas Administraciones Públicas, de acuerdo a lo previsto en artículo 67 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril, sino de la ciertamente oscura redacción del mencionado artículo 26.4, que dice así:

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

Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos."

La lectura del precepto permite entender que sólo cabe la jubilación voluntaria parcial si esta deriva como consecuencia de un plan de ordenación de recursos





humanos aprobado por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma, siendo ésta la interpretación que mantiene la parte apelante.

Sin embargo, hay Sentencias que sostienen que si el personal estatutario que solicita la jubilación voluntaria parcial, reúne los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social, que se establecen en el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, basta con cumplir tales requisitos para tener derecho a esta clase de jubilación, siendo exponente de esta postura la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de fecha 2 de enero del año 2008, dictada en el Recurso de apelación número 357/2007, que razona lo que literalmente sigue:

“PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto frente a sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Uno de Valladolid de fecha 7 de junio de 2.007 la cual desestimaba el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Domingo, parte apelante en esta segunda instancia, frente a resolución desestimatoria por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto por el expresado recurrente frente a resolución del Director Gerente del Hospital Clínico Universitario de Valladolid de 17 de febrero de 2.006 por la que se denegaba su solicitud de pase a la situación de jubilación voluntaria parcial.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es si a tenor de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el recurrente, personal estatutario de dichos servicios de salud, puede acogerse al régimen de jubilación parcial expresada en el precepto, o si, por el contrario, tal derecho como expresa la sentencia, no puede reconocerse al personal estatutario por dos órdenes de motivos, está condicionada a la aprobación de planes de empleo o porque las previsiones del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores no pueden ser de aplicación a la especial relación funcional con que se encuentra vinculado el personal estatutario.

SEGUNDO.- Como norma básica de aplicación a la cuestión planteada hemos de partir de lo establecido en el artículo 26.4 de la referida Ley 55/2003, precepto que es del siguiente tenor literal:





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

Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos."

La referencia a las normas de seguridad social de aplicación han de entenderse que se realizan a los requisitos que son exigidos en la expresada normativa para causas pensión de jubilación y en este sentido, como expresa la sentencia apelada, hemos de estar a lo establecido en el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece:

"1. Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a tres años, como máximo, a la exigida, podrán acceder a la jubilación parcial en las condiciones previstas en el apartado 4 del art. 4 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación.

2. El disfrute de la pensión de jubilación parcial será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial, hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general para causar derecho a la pensión de jubilación."

De esta forma, la única exigencia es que se cumplan los requisitos necesarios para devengar pensión de jubilación, con excepción de la edad necesaria, estableciéndose la expresa compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial del que continuará siendo titular el personal estatutario parcialmente jubilado.

El artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores continúa precisando la situación del trabajador parcialmente jubilado, que continuará vinculado a la empresa por un contrato de trabajo de carácter parcial, e introduce el requisito de que simultáneamente se celebre un contrato de relevo para atender el puesto de trabajo parcialmente vacante a consecuencia de la jubilación incompleta del trabajador. El precepto es del siguiente tenor literal:

"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 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, 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 concertada 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. Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades:

TERCERO.- A tenor de las precedentes premisas fácticas y jurídicas antes establecidas se han de efectuar las siguientes consideraciones:

1º. El precepto que establece el derecho a la jubilación parcial es el antes citado artículo 26.4 de la referida Ley 55/2003. Del contenido literal de esta norma se desprende que se está otorgando un derecho perfecto a la jubilación parcial que no se encuentra condicionado a un desarrollo normativo posterior, siendo plenamente eficaz por lo establecido en el citado precepto, aun cuando el personal que opte a esta situación debe cumplir los requisitos de cotización y los demás exigidos en el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, antes citado.

2º. El referido artículo 26.4 de la Ley 55/2003 no condiciona el derecho a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos, sino que a través de este instrumento de racionalización de la estructura organizativa en lo afectante al personal, se podrá en su caso propiciar que los afectados se puedan acoger a tal forma de jubilación. En todo caso, si fuere necesario tal plan, su carencia no puede imputarse al funcionario, sino a la Administración que deberá hacer todo lo posible para que el derecho del trabajador pueda hacerse efectivo, sin que sea admisible por una posible





omisión sólo a ella imputable el cercenar un derecho otorgado "ex lege" a todo funcionario estatutario.

3º. Ciertamente no pueden aplicarse determinadas instituciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores al personal estatutario, pues, como se ha visto, su artículo 12.6 regula, de un lado, la situación de contrato parcial de quien accede a la jubilación y, de otra parte, prevé la necesidad de que se proceda a efectuar un contrato de relevo. Más ello no quiere decir que dentro del marco general establecido y los principios que del mismo se deducen no sea de aplicación la jubilación parcial que estamos analizando. De esta forma, es una peculiaridad del personal estatutario, que se encuentra en muchos ámbitos muy próximo al Derecho laboral, frente al resto de las relaciones funcionariales, la posibilidad de acceder a la jubilación parcial, acogiendo esta institución propia del Derecho laboral, más es obvio que la regulación genérica establecida en el reiterado ámbito laboral para dicha forma de jubilación no puede ser plenamente extrapolable miméticamente al ámbito funcional que nos ocupa, como es la figura del contrato de relevo prevista en el citado artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo ello no puede suponer la negación de la posibilidad de acoger esta institución jurídica de la jubilación parcial cuya efectividad en el ámbito que nos ocupa es, se insiste, consecuencia de la previsión genérica establecida en el reiterado artículo 26.4 de la referida Ley 55/2003.

4º. Por todo ello, la jubilación parcial es de aplicación al personal estatutario, dentro del marco normativo de aplicación, si bien adaptando las previsiones sobre contrato de relevo contenidas en la normativa laboral a las figuras contractuales específicamente previstas para los supuestos de puestos vacantes o sustitución en el específico ámbito normativo que nos ocupa.

CUARTO.- Por todo ello, ha de estimarse el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso impugnada, y consiguientemente procede la estimación del recurso contencioso interpuesto frente a los actos administrativos recurridos expresados en el primer fundamento de Derecho de esta resolución, anulando dichos actos y reconociendo al actor, en los términos postulados en la demanda, el derecho a obtener la jubilación voluntaria parcial."

Esta Sala comparte plenamente la interpretación del precepto cuestionado realizada por la sentencia apelada y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de





Valladolid, considerando que el apartado segundo del número 4 del artículo 26 de la Ley 55/2003, no establece un requisito para tener derecho a la jubilación voluntaria parcial, sino que da la oportunidad a las Comunidades Autónomas, que son las Administraciones Públicas de las que depende el personal estatutario, de fomentar esta clase especial de jubilación a través de los oportunos planes de ordenación de recursos humanos. Es decir estos medios son los instrumentos que han de establecer las CCAA para dar cumplimiento a lo que la Ley dispone de manera incondicional.

En el caso presente, como se señala en la sentencia recurrida, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley General de la Seguridad Social, de modo que por lo hasta aquí razonado procede la desestimación del Recurso de apelación, confirmando la Sentencia apelada.

**TERCERO.-** Conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, las costas han de imponerse a la parte apelante.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del SESPA contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de los de Oviedo; la que se confirma. Con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

