



33010 - Oviedo (ASTURIAS)

=====
Ref.: Queja nº 100001
=====

PROCURADORA GRAL. PRINCIPADO DE ASTURIAS
Reg. Salida N.20100100000814
09/06/2010 07:57:57

Estimada Sra.

En primer lugar, deseo agradecerle la confianza depositada en esta Institución para la búsqueda de soluciones al problema que Vd. nos plantea en su queja de fecha 4 de enero de 2010. En ella nos refiere que la Administración le está impidiendo la posibilidad de optar a la jubilación parcial como personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), con la categoría profesional de Diplomado Universitario en Enfermería. Refiere haber recibido un escrito de la Gerencia del Área Sanitaria por el que se le traslada otro de la Dirección de Recursos Humanos y Financieros del SESPA en el que se señalan los problemas que se podrían derivar de declararse esa situación laboral, por cuanto la Dirección Provincial en Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social ha informado al citado Servicio de Salud que no viene reconociendo dicha situación y por tanto no abona la prestación correspondiente, fundamentando su decisión en el hecho de que no existe desarrollo reglamentario de esa modalidad de pensión de jubilación para el personal estatutario. Señala igualmente la ciudadana que dispone de Sentencia Judicial, en procedimiento seguido contra el SESPA, por la que se le reconoce dicho derecho, pero que no considera apropiada su ejecución por las razones anteriormente expuestas. Asimismo, refiere que por Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SESPA, en cuyo apartado 3.3 se reconoce dicha posibilidad de jubilación parcial y consiguiente contrato de relevo para otra persona.

Solicitado informe a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y tras una reiteración de remisión del mismo, ha tenido entrada en esta Defensoría con fecha 20 de mayo de 2010, en el que resumidamente se señala:

- Se realiza una descripción cronológica de los hechos y se refiere la normativa de aplicación.

- Asimismo y como si fuera una conclusión, señala que "Actualmente, y aún siendo reconocido al personal estatutario del SESPA el derecho a la jubilación parcial en el apartado 3.3 "Salida del Sistema" del Plan de Ordenación de Recursos Humanos como alega la denunciante, hemos de informarle que la situación sigue siendo la misma a la advertida en la nota de la Dirección de Recursos Humanos y Financieros del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha once de junio de 2009, pues aunque por parte de esta Administración ya se reconoce la jubilación parcial al trabajador estatutario, y a

la que en ningún caso nos oponemos, Doña J. [REDACTED] seguiría sin poder percibir la pensión correspondiente por parte del INSS, toda vez que dicha Entidad Gestora sigue negando, en síntesis y de acuerdo con la jurisprudencia fijada por la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de fecha 22 de julio de 2009, que proceda el reconocimiento de la pensión por jubilación parcial al personal estatutario mientras no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del art. 166 de la Ley General de Seguridad Social respecto a este colectivo”.

Solicitado en su día informe de colaboración a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al ser una entidad sobre la que no tiene facultades de supervisión esta Defensoría, ésta lo evacua, habiendo tenido entrada el 24 de febrero de 2010, señalando, en síntesis, lo siguiente:

“(…) La pensión de jubilación parcial tiene operatividad en nuestro ordenamiento jurídico desde Ley 32/1984, de 2 de agosto. En la actualidad la normativa vigente se encuentra, fundamentalmente, en el artículo 166 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), los artículos 12.6 y 12.7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

(…) Específicamente en relación con la jubilación de los empleados públicos, la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, de 21 de septiembre de 2004, contemplaba entre los compromisos previstos, el de “aplicar al conjunto de funcionarios lo regulado en la Ley General de Seguridad Social para la jubilación flexible y anticipada parcial”. El artículo 67 d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece que “la jubilación de los funcionarios podrá ser Parcial de acuerdo con lo indicado en los números 2 y 4”. En el punto segundo de este mismo artículo se establece que, “Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen General de la 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 voluntarias y parcial.” (…)

Centrando el tema en el personal estatutario encontramos que su régimen jurídico esencial viene

regulado por el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y por el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Así, el artículo 17.1.i) del Estatuto Marco (EM) establece el derecho del personal estatutario a su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social y en el apartado 1) del mismo artículo se reconoce el derecho de este personal a la jubilación en los términos y condiciones establecidos en las normas en cada caso aplicables. Estas normas se contienen en el artículo 26 y en la Disposición Transitoria 7ª del EM.

El artículo 26 regula en sus cuatro apartados la jubilación del personal estatutario. En su apartado primero reconoce la posibilidad de que la jubilación sea forzosa o voluntaria y en el cuarto establece que podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social y que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para que el personal estatutario se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

La aplicación del conjunto de esta normativa a los empleados públicos y en especial al personal estatutario ha generado numerosos litigios tanto en el orden social como en el contencioso administrativo con la emisión de sentencias con diferente contenido en las que, en unos casos, se reconocía la obligación de las administraciones de acceder a la

jubilación parcial o el derecho a la pensión de jubilación y en otros se rechazaba la posibilidad de acogerse a esta figura para el personal estatutario o se denegaba el derecho a la pensión de jubilación parcial del empleado público. Finalmente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto y en la sentencia dictada por la Sala de lo Social. Sala General de fecha 22 de julio de 2009 resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina y analiza el derecho de una persona que, ostentando la condición de personal estatuario en el Servicio Andaluz de Salud, solicitó el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación parcial (anticipada a los 63 años) y que le había sido denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al considerar que el solicitante no acreditaba los requisitos establecidos en el Real Decreto 1131/02, de 31 de octubre, en relación con el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social.

El juzgado de lo social había estimado la demanda presentada contra la resolución dictada por el INSS y posteriormente el TSJ de Andalucía estimando los recursos de suplicación interpuestos por INSS, TGSS y SAS contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social determinó que no procedía el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación parcial.

El Tribunal Supremo en esta sentencia determina que, por el momento, no es posible el acceso del personal estatutario a la pensión de jubilación parcial. La sala argumenta esta conclusión al considerar que la jubilación parcial (tanto la celebrada con un trabajador mayor de 65 años como la celebrada, simultáneamente a un contrato de relevo con un trabajador menor de esa edad esta referida "expresamente a "los trabajadores por cuenta", considerando que únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores de cuyo ámbito se encuentran excluidos, de forma expresa los funcionarios públicos y todos aquellos que se presten servicios para el Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades Públicas Autónomas, siempre que, al amparo de una ley, su relación se regule por normas administrativas o estatutarias".

(...) Por otra parte, la Ley 40/2007 de medidas en materia de seguridad social que modifica numerosos aspectos de la jubilación parcial, únicamente se refiere a la de los empleados públicos en la citada Disposición Final Sexta cuando conmina al Gobierno para que, en el plazo de un año, presente al Parlamento un estudio sobre la materia, es decir, sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, en el que se contemple la realidad específica del personal estatutario.

(...) En nuestra Comunidad Autónoma, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por acuerdo de 11 de noviembre de 2009, a propuesta del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios, previa negociación en la Mesa General de Negociación del Principado de Asturias, al amparo de lo dispuesto en los artículos 13.2 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; 38 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en el artículo 14 de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, acordó aprobar el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Según su texto, el Plan de Ordenación (...) "Podrán optar a la jubilación voluntaria total o parcial el personal que reúna los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social...."

Por lo tanto, para concluir les señalamos que el Instituto Nacional de la Seguridad Social entiende que, en el momento actual no es posible el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial al personal vinculado con la Administración Pública con una relación de naturaleza estatutaria y ello a pesar de la previsión contenida en los arts. 26.4 y 77.4 del Estatuto Marco, sobre el derecho a la jubilación parcial puesto que para su aplicación

se precisan un desarrollo reglamentario, sin el cual no resulta posible el reconocimiento efectivo de esta modalidad de pensión de jubilación.

La existencia de un Plan de ordenación de recursos humanos no habilita por si mismo el acceso del personal estatutario a esta pensión ya que en todo caso, como expresamente se reconoce en el Plan del Principado de Asturias han de cumplirse los requisitos que exige la normativa de seguridad social. Ello no impide que el personal con vinculación laboral con la Administración del Principado de Asturias, al que le es de aplicación directa el estatuto de los trabajadores y la regulación contenida en la LGSS puedan acceder a la jubilación parcial, siempre que cumplan los requisitos y condiciones establecidos por el Régimen de Seguridad Social aplicable, como el resto de trabajadores por cuenta ajena”.

La cuestión principal sobre la que versa su queja es la falta de reconocimiento al derecho a la prestación de jubilación parcial. Visto el contenido del informe emitido por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) debo concluir que **esta Defensoría carece de competencias para conocer del fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la citada Ley 5/2005, de 16 de diciembre, por cuanto que la revisión de la actuación de los órganos de la Administración General del Estado, como es el caso del INSS, es competencia propia del Defensor del Pueblo Español.**

Ciertamente, tal y como consta entre la documentación facilitada por Vd., interpuso en su día un recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 22 de agosto de 2008 de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios por la que se desestima el recurso de alzada, formulado contra la resolución de 10 de junio de 2008 de la Gerencia de Atención Primaria del Área Sanitaria IV del Servicio de Salud de Asturias que deniega la declaración de jubilación parcial. Como resultado de ese proceso se dicta la Sentencia 61/2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 4 de Oviedo, de fecha 3 de febrero de 2009, en la que se reconoce su derecho a que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley General de la Seguridad Social, acceda como personal estatutario a la jubilación parcial. Posteriormente se interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia por parte de la representación procesal de la Administración del Principado de Asturias, desestimándose dicho recurso por el Tribunal Superior de Justicia que, en consecuencia, confirma la sentencia apelada. No obstante, la Dirección de Recursos Humanos del Servicio de Salud le informó que la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de Seguridad Social viene denegando las solicitudes de reconocimiento de jubilación parcial, con las consiguientes consecuencias gravosas desde un punto de vista económico que ello puede conllevar.

Para comprender esta situación hay que tener en cuenta la tramitación compleja del derecho a jubilación parcial de los funcionarios/personal estatutario, que **precisa de dos fases sucesivas, cuya decisión corresponde a distinta Administración y a distinto fuero jurisdiccional.** Así, la jubilación parcial del personal funcionario requiere que la Administración de pertenencia estime en primer lugar la solicitud de declaración de jubilación, siendo competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo el examen de las posibles controversias que puedan surgir en la aplicación de la Institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Y en segundo lugar, para disfrutar de los efectos inherentes a esa declaración ha de contar con la ulterior resolución de Administración competente en materia de Seguridad Social que reconozca el derecho a la prestación de jubilación voluntaria parcial, cuestión en materia de Seguridad Social que en todo caso tendría acceso a la

jurisdicción social a tenor del artículo 2.1.b) de Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho de otro modo, en todo proceso de acceso a la jubilación parcial existen dos actos administrativos distintos y necesarios para la efectividad del derecho, por un lado la declaración propia de jubilación parcial del funcionario que supone una modificación de la relación estatutaria por acceso a la jubilación y por otro lado, el reconocimiento del derecho de prestación de seguridad social que es consecuencia de esa declaración previa. Por eso, el éxito en el disfrute de la jubilación parcial requería superar estas dos fases y obtener en estos dos actos administrativos.

El problema que se plantea en el caso alegado por Vd. es que llegados al proceso de solicitar al Instituto Nacional de Seguridad Social la pensión de jubilación correspondiente, ésta deniega dicha posibilidad, amparándose en la interpretación efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 22 de julio de 2009, en un supuesto análogo al que nos ocupa.

A tenor de todo lo anteriormente expuesto y toda vez que la posición asumida por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios no es quien sustenta la denegación al eventual derecho a la jubilación parcial, apreciando que el sujeto de derecho público principal al que se refiere la queja es la Dirección Provincial en Asturias del Instituto Nacional de Seguridad Social, que está integrado dentro de la Administración General del Estado, **corresponde el conocimiento del asunto al Defensor del Pueblo Español.**

Con esta misma fecha remito su escrito y expediente al Defensor del Pueblo con la solicitud de que se ponga de inmediato en contacto con Vd.

Aunque será el Defensor del Pueblo el que lleve la tramitación y tome las decisiones que crea oportunas, ello no impide que si las circunstancias lo requieren pueda Vd. tomar contacto con nosotros.

Le reitero que la tramitación del expediente no interrumpe los plazos para los recursos tanto en vía administrativa como en la vía judicial.

Atentamente le saluda,

Oviedo, 24 de mayo de 2010.

La Procuradora General del Principado de Asturias

