

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de Julio de 2011 (rec.54/2008)

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación en interés de la ley número 54/2008, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia número 1008 dictada, el 18 de julio de 2008, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 512/08, interpuesto contra la sentencia número 4 dictada, el 16 de enero de 2008, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 706/2006, sobre jubilación voluntaria parcial anticipada de personal estatutario de los servicios de salud.

Se ha personado como parte recurrida la COMUNIDAD DE MADRID, representada por el Letrado de su Servicio Jurídico y doña Remedios, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez. Ha intervenido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

Antecedentes

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación número 512/2008 interpuesto contra la sentencia número 4 dictada, el 16 de enero de 2008, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 706/2006, dictó sentencia el 18 de julio de 2008 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que en el Recurso de apelación promovido por Doña Remedios contra la Sentencia número 4/2008, de fecha 16 de enero del año 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 706/2006, reseñada en el Antecedente de Hecho primero, hemos decidido:

1º.- Estimar el Recurso de apelación, revocando la Sentencia apelada, anulando la Resolución de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 20 de agosto del año 2004, y la Resolución de la Comunidad Autónoma de Madrid de fecha 27 de octubre del año 2004, igualmente reseñadas en el Antecedente de Hecho primero, por no ser conformes a Derecho, declarando que la Sra. Remedios tiene derecho a la jubilación voluntaria parcial en su

condición de personal estatutario al servicio de la Administración sanitaria.

2º.- Condenar a la Administración sanitaria de la Comunidad de Madrid, a realizar las actividades necesarias para la reducción de la jornada y correlativa reducción de las retribuciones de la Sra. Remedios , para que sea efectiva la jubilación voluntaria parcial solicitada por aquélla, de conformidad con las precisiones que se reseñan en el Fundamento de Derecho cuarto, a cuyo efecto se le concede a dicha Administración un plazo de tres meses a partir del momento en que le sea comunicada esta Sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

3º.- Condenar al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar a la Sra. Remedios la pensión por jubilación voluntaria parcial que legalmente le corresponda, con las prevenciones que se reseñan en el Fundamento de Derecho cuarto.

4º.- No hacer una especial declaración sobre las costas procesales derivadas de esta apelación».

SEGUNDO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2008 en el Registro General de este Tribunal Supremo, interpuso contra ella recurso de casación en interés de la ley en el que solicito literalmente a la Sala dicte sentencia por la que estimando el recurso declare que la doctrina fijada en la sentencia recurrida resulta errónea, procediéndose a fijar la determinada en el fundamento jurídico precedente del recurso al que se remite.

TERCERO.- Admitido el recurso y remitidas las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas del reparto de asuntos, por providencia de 8 de mayo de 2009 se reclamaron las actuaciones a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ordenándole que emplazara a cuantos hubiesen sido parte en las mismas para su comparecencia en este Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidos los autos, el expediente administrativo, y los emplazamientos de las partes, han formulado alegaciones:

a) La representación de doña Remedios mediante escrito de 11 de noviembre de 2009, solicitando a la Sala: «(...) tenga por formuladas alegaciones a los efectos legales oportunos desestimando el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social tras los trámites procesales oportunos, y declare que la doctrina fijada en la Sentencia recurrida resulta correcta».

b) El Letrado de la Comunidad de Madrid hizo lo propio mediante escrito de 3 de diciembre de 2009 planteando la carencia de competencia del orden contencioso-administrativo y que se fije como doctrina legal que la jubilación parcial requiere desarrollo reglamentario.

c) El Abogado del Estado, mediante escrito de 18 de diciembre de 2009, evacuó el trámite de alegaciones solicitando a la Sala que dictara sentencia: «(...) por la que estimando el recurso de casación en interés de Ley se fije la doctrina legal propuesta, respetando, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida».

d) El Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito de 25 de enero de 2010 interesando se dictara sentencia «por la que se declare NO HABER LUGAR al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el INSS, sin que proceda a hacer expresa condena en costas al organismo público recurrente».

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2011.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Jose Gonzalez Rivas,
Presidente de la Sección

Fundamentos

PRIMERO.- El objeto del recurso consiste en determinar si es gravemente dañosa y errónea la doctrina de la sentencia dictada el 18 de julio de 2008 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso de apelación interpuesto por doña Remedios contra la sentencia dictada el 16 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 706/2006.

SEGUNDO.- Para examinar la cuestión planteada procede tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sra. Remedios contra la Resolución del INSS de fecha 28-08-04 que desestimó la reclamación previa interpuesta contra la Resolución de 15-07-04 denegatoria de la pensión de jubilación parcial, al entender que la actora, en su condición de personal estatutario, no tiene derecho a la jubilación parcial reclamada pues para ello se requiere, según lo establecido en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 5 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y las sentencias que cita, la aprobación de un plan de ordenación de recursos humanos por parte del órgano competente de las Comunidades Autónomas.

b) La sentencia de la Sala de Madrid, ahora impugnada, tras reconocer en su fundamento de derecho tercero el carácter controvertido de la cuestión sometida a decisión y transcribir literalmente el contenido de la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 2 de enero de 2008 (recurso de apelación 357/2007) como exponente de aquéllas que reconocen el derecho del personal estatutario a acogerse a la jubilación voluntaria parcial siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, estima el recurso de apelación en base

a los siguientes razonamientos extractados, contenidos básicamente en los fundamentos de derecho tercero y cuarto:

- En el caso de la apelante Sra. Remedios , se cumplen los requisitos previstos en el artículo 166.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, toda vez que cuando solicita la jubilación parcial tiene cumplidos 60 años de edad, presta servicios como personal estatutario en el Área III de Atención Especializada, como Auxiliar Administrativo, con plaza en propiedad desde el día 1 de diciembre de 1989 en el Hospital Príncipe de Asturias, y según los informes de vida laboral de las Direcciones Provinciales de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Instituto Nacional de la Seguridad Social, tiene sobradamente cubierto el período mínimo de cotización de quince años que se establece en la Ley mencionada.

Lo anterior comporta la estimación del Recurso de apelación, la revocación de la Sentencia apelada, la anulación de las Resoluciones administrativas impugnadas y la declaración del derecho a la jubilación voluntaria parcial de la apelante.

- El reconocimiento del derecho a la jubilación voluntaria parcial de la recurrente en la instancia, en atención a su condición de personal estatutario y a las peculiaridades de esta clase de personal, que participa de muchas características del personal funcionario, y a las consiguientes necesidades de organización de los servicios y de la atención a los intereses de los usuarios de los servicios públicos sanitarios, debe ser objeto de una serie de precisiones:

1ª) La primera precisión nace de que la pensión de jubilación parcial es compatible con el desempeño de un puesto de trabajo como personal estatutario a tiempo parcial , como se desprende del artículo 166.3 de la Ley General de la Seguridad Social en relación a el artículo 12.6 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. En este último precepto se prevé una reducción de jornada y la correlativa reducción de salario entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 80 por 100 de una y otro; en el caso de la recurrente personal estatutario, la cuantía de la reducción de la jornada y la correlativa del salario, no es una cuestión que se tenga que pactar entre la recurrente y la Administración sanitaria, sino que, como se ha dicho, en atención a las necesidades del servicio de dicha Administración y a los intereses públicos que sirve, será la Administración sanitaria la que fijará la reducción de la jornada y la consiguiente reducción de la retribución.

Tampoco es posible por las peculiaridades del personal estatutario, la celebración del contrato de relevo al que alude el artículo 12.6 referido, por lo que la Administración sanitaria podrá ordenar la prestación del servicio por la recurrente, dentro del Área III de Atención Especializada en la que presta sus servicios y respetando su condición de Auxiliar Administrativo, haciendo para ello uso, si es necesario, de las figuras de los puestos vacantes, sustituciones u otras semejantes, de forma tal que quede garantizado el adecuado funcionamiento de los servicios.

De conformidad con lo previsto en el artículo 71.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se concede un plazo a dicha Administración de tres meses a partir del momento en que le sea comunicada esta Sentencia, para la efectividad de la jubilación voluntaria parcial de la Sra. Remedios .

2ª) La segunda precisión deriva de la anterior, y consiste en que la condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar a la Sra. Remedios la pensión por jubilación voluntaria parcial que legalmente le corresponda, sólo será efectiva una vez que la Administración Sanitaria cumpla con las previsiones del apartado anterior, y ello naturalmente sin perjuicio de que la cuantía concreta de la pensión por jubilación , se determine por dicho Instituto en atención a la reducción de jornada y de salario que se acuerde, y a los datos sobre períodos cotizados, bases de cotización, etc, de que disponga la entidad gestora, y a la aplicación a estos extremos de la normativa correspondiente, sin perjuicio del derecho de la Sra. Remedios a impugnar la Resolución que se dicte en relación a la pensión de jubilación que finalmente se acuerde, si no está conforme con ella.

TERCERO.- El Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social considera gravemente dañosa para el interés general y errónea la sentencia impugnada.

Lo primero ante la razonable reiteración de actuaciones administrativas iguales a la enjuiciada atendido el número de afectados entre el personal estatutario que puede pretender esta modalidad de jubilación , que cifra en 286.869 personas, además de las claras consecuencias económicas para la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y los problemas organizativos y de recursos humanos.

Lo segundo porque obvia la regulación prevista en los artículos 26.4 de la Ley 55/2003 reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; 166 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS); 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y 10 y 11 del Real Decreto 1131/2002.

La parte recurrente afirma que el derecho a la jubilación parcial determinado en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003 no es un derecho absoluto e incondicionado del funcionario público o del personal estatutario sino que se supedita a las necesidades del servicio y a la aprobación y publicación de un Plan de Ordenación de recursos humanos en los términos establecidos en el artículo 13 de la misma ley; que su virtualidad requiere, según prescribe el apartado cuarto del artículo 166 de la LGSS, un desarrollo normativo -inexistente hasta la fecha- que determine el régimen jurídico de la jubilación parcial atendidas las peculiaridades de la relación de servicios del personal estatutario, así como la adaptación normativa del contrato laboral de relevo previsto en el artículo 12.6 del ET al que se vincula la jubilación parcial y que no es extensible a la relación estatutaria, razón por la que la sentencia al remitirse sobre el particular «al uso si fuera necesario de las figuras de los puestos vacantes, sustituciones u otras semejantes» incumple la actual normativa y el fundamento de la jubilación parcial con los previsibles problemas en la sostenibilidad de los sistemas de protección.

CUARTO.- Además de la sucinta descripción efectuada en el antecedente de hecho cuarto sobre las posiciones mantenidas por las partes y al objeto de centrar el objeto de debate, procede subrayar que el Letrado de la Comunidad de Madrid solicita que la Sala establezca que el conocimiento de los pleitos en materia de jubilación parcial del personal estatutario corresponde a la jurisdicción social de conformidad con lo establecido en el artículo 2 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pues lo que en ellos se ventila es una prestación de seguridad social y con invocación de la sentencia de la Sala de lo Social de 22 de julio de 2009 (recurso 3044/2008) y del principio de «unidad de ordenamiento», solicita que se fije la doctrina legal de que la jubilación parcial de personal estatutario requiere desarrollo reglamentario para su aplicación.

La parte recurrida doña Remedios solicita la desestimación del recurso de casación en interés de la Ley al estimar que el artículo 26.4 de la Ley 55/2003 ha de entenderse de aplicación directa sin que su aplicación precise de ninguna otra normativa ni desarrollo reglamentario alguno.

El Abogado del Estado solicita la estimación del recurso al considerar gravemente dañosa para el interés general la doctrina sentada por la sentencia recurrida, adhiriéndose a la doctrina legal propuesta por la parte recurrente.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso al entender que la sentencia no causa grave daño al interés general y considera innecesario que esta Sala fije la doctrina legal cuyo establecimiento persigue el recurrente al ser coincidente con la contenida en la sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 22 de julio de 2009, recaída en el recurso de casación para la unificación de la doctrina número 3044/2008, cuya finalidad es dar una respuesta judicial uniforme a cuestiones jurídicas de semejante naturaleza y entidad y que, aunque provenga de un órgano judicial que no pertenece a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, por el carácter unitario del Ordenamiento Jurídico, la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley y el respeto al principio de seguridad jurídica, genera un valor de jurisprudencia a seguir por los Tribunales de Justicia cualquiera que sea el orden jurisdiccional que haya de resolver. En este sentido aduce que esa misma doctrina ha sido seguida por la Sección Séptima de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la que procede la sentencia impugnada (en sentencia de 5 de noviembre de 2009 -recurso de apelación 1056/2009-) lo que, junto con la entrada en vigor de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2007, hace previsible que pronunciamientos como el recurrido, referido a hechos anteriores a la entrada en vigor de la citada Ley, no se repitan en el futuro.

No obstante, para el caso de que la Sala entendiera que sí concurre el requisito relativo al grave daño para el interés general, afirma que la tesis de la sentencia de instancia ha incurrido en error interpretativo sobre la correcta aplicación del artículo 26.4 de la Ley 55/2003 pues una cosa es el reconocimiento del derecho del personal estatutario que presta servicio en la Administración Sanitaria a alcanzar de modo voluntario una jubilación parcial anticipada en las condiciones que establece el artículo 166 de la LGSS, y otra, que ese derecho pueda hacerse efectivo de modo automático y en el momento presente aplicando por analogía el régimen normativo de

desarrollo de la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena, previsto en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 1131/2002 que lo desarrolla, que es lo que hace la sentencia de instancia, cuando es lo cierto que dicho reconocimiento, de conformidad con el propio contenido de la norma legal aplicable, el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, exige un desarrollo normativo y la elaboración de un plan de ordenación de los recursos humanos.

QUINTO.- Con carácter previo a la resolución del recurso que nos ocupa, hemos de detenernos, como cuestión de orden público procesal, en la jurisdicción y competencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de los pleitos en materia de jubilación parcial del personal estatutario como el que nos ocupa, al resultar cuestionada por la Comunidad de Madrid cuya representación expresamente solicita de esta Sala que, con independencia de la propuesta por la recurrente, establezca como doctrina legal «que el conocimiento de los presentes pleitos -jubilación parcial de personal estatutario- corresponde a la jurisdicción social» y ello al entender que, en cualquier caso, lo que se ventila en ellos es una prestación de seguridad social (art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral).

La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de las pretensiones relativas al contenido de la relación funcional que puedan suscitarse, entre el personal estatutario y la Administración sanitaria, con posterioridad al 18 de diciembre de 2003 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), resulta incuestionable atendida la consolidada doctrina establecida por la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, iniciada en el Auto de 20 de junio de 2005 (conflicto número 48/2004) y reiterada en otros posteriores, así en los Autos de 24 de enero, 21 y 27 de diciembre de 2006 -conflictos números 2; 354 y 325, todos ellos de 2006-; 29 de junio y 29 de noviembre de 2007 -conflictos 9/2007 y 373/2006- y 12 de febrero (dos) y 17 de diciembre de 2008 -conflictos números 35 y 48/2007 y 13/2008 respectivamente-, que aducen como razón principal de la atribución de dicha competencia que la Ley 55/2003 configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos Servicios de Salud, como una relación funcional, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo, y en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4) y la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción (art. 1 y concordantes), y por exclusión de las competencias del Orden Jurisdiccional Social (arts. 1, 2 y 3 LPL).

La jubilación voluntaria del personal estatutario constituye una materia que forma parte de los derechos y deberes que integran la relación funcional regulada en el Estatuto Marco de 16 de diciembre de 2003, sujeta con posterioridad a su entrada en vigor al derecho administrativo y por lo tanto a la revisión por esta Jurisdicción, por lo que procede rechazar, en este punto, la formulación propuesta por la representación procesal de la Comunidad de Madrid.

SEXTO.- Analizando el recurso de casación en interés de ley promovido por la parte recurrente y en cuanto al primer requisito relativo a que la

sentencia impugnada sea gravemente dañosa para el interés general, esta Sala tiene reiteradamente declarado que el grave daño para el interés general contemplado en el artículo 100 de la LJCA de la Ley y está en función de una posible posterior y repetida actuación de los Tribunales de instancia, al conocer casos iguales, que se suponen de fácil repetición, por lo que se trata de conseguir que el Tribunal Supremo, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, fije la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten (como han indicado, entre otras, las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1983 y 16 de octubre de 1989).

Es decir, tiene que ser razonablemente previsible la reiteración de actuaciones administrativas iguales a la que ha sido enjuiciada por la Sentencia impugnada en interés de la Ley o la existencia de un número importante de afectados por el criterio que se pide al Tribunal Supremo que altere, fijando la oportuna doctrina legal. La posible repetición del supuesto no permite acudir a este recurso extraordinario, que requiere que el daño que la repetición del criterio de la sentencia impugnada causa al interés general, al aplicarse a casos equivalentes, sea "grave", esto es, que multiplique su efecto en contra del interés general defendido por la Administración, no cumpliéndose este requisito cuando la resolución impugnada afecta únicamente a un reducido círculo de funcionarios que se hallan en situación idéntica a la del originariamente recurrente. En este sentido se pronuncian las sentencias de 12 de diciembre de 1997, 20 de enero de 1998, 24 de marzo de 1998, 4 de marzo de 2002, 3 de mayo de 2004, 8 de junio de 2005 (casación en interés de ley nº 21/2004), 21 de diciembre de 2006 (casación en interés de ley 8/2005), 12 de febrero de 2007 (casación en interés de ley nº 1/2005) y 30 de abril de 2007 (casación en interés de ley nº 22/2005), entre otras.

SEPTIMO.- En el caso examinado, el recurrente para justificar la concurrencia del requisito que analizamos aduce en síntesis los siguientes argumentos: 1) el número de afectados, esto es del personal estatutario que puede pretender esta modalidad de jubilación que cifra en el número de 286.869 personas; 2) la notoriedad de la reclamación que desprende de las distintas sentencias dictadas sobre el tema tanto por las Salas de lo Contencioso- Administrativo como por las Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia que cita; 3) las claras consecuencias económicas para la sostenibilidad del sistema de seguridad social al adelantar la edad pensionable de los trabajadores jubilados parcialmente; y, 4) los problemas organizativos y de recursos humanos que se plantearían en los servicios públicos de salud cuando resulte preceptiva la sustitución del solicitante de la pensión de jubilación parcial (menor de 65 años) sin que pueda acudirse al contrato de relevo legalmente previsto en el artículo 12.6 del ET.

El Ministerio Fiscal niega la existencia de grave daño para el interés general con fundamento en la genérica afirmación sobre la no previsibilidad de repetición de pronunciamientos como el recurrido atendido lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007 que, según su parecer y el de las sentencias que cita, desvirtúa la tesis de la sentencia impugnada. Sin embargo no combate eficazmente las razones ofrecidas por el recurrente, justificando por ejemplo el reducido número de asuntos como el que nos ocupa producidos hasta la entrada en vigor de la citada Ley 40/2007 o la ausencia de incidencia alguna en la sostenibilidad del sistema de seguridad social, circunstancias que obvia por completo y que permite a esta

Sala, rechazando sus argumentos, considerar cumplida la formalidad referente a la posibilidad de grave daño para el interés general.

OCTAVO.- Resta, pues, analizar si la doctrina contenida en la sentencia impugnada, en cuanto considera directamente aplicable, sin necesidad de desarrollo normativo alguno, el derecho a la jubilación parcial anticipada del personal estatutario previsto en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, ha de considerarse errónea.

El recurrente persigue la fijación de la doctrina legal que podemos resumir de la forma siguiente: la imposibilidad de aplicar de forma directa e inmediata al personal estatutario de los Servicios de Salud la jubilación parcial anticipada prevista en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003 hasta que se dicte un desarrollo normativo que contemple los aspectos esenciales de su régimen jurídico y las Comunidades Autónomas aprueben los respectivos planes de ordenación de los recursos humanos a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 26.4.

Al realizar un planteamiento de la cuestión suscitada nos encontramos que esta misma Sala y Sección ha tenido ya ocasión de pronunciarse en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2010 (recurso de casación en interés de la Ley 17/2008), desestimando el recurso interpuesto por la Comunidad de Castilla y León al considerar, en sentido contrario al propuesto por aquélla, que «la jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no necesariamente requiere en la totalidad de los casos, la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos». Y ello al entender (fundamento de derecho quinto), de la interpretación conjunta de los artículos 26.4 de la Ley 55/2003 y 67, apartados 2 y 4, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que tales preceptos diferencian dos posibilidades respecto de la jubilación parcial :

- Hay una primera en la que el acceso a la jubilación parcial se regula como una iniciativa del funcionario que este decide en atención principal a sus intereses personales y, sin necesidad de decidir ahora si está establecida como un derecho perfecto o, por el contrario, pendiente de ser desarrollado en una ulterior regulación complementaria, lo cierto es que los preceptos legales antes transcritos únicamente remiten a lo que sobre esta modalidad de jubilación se establece en la Ley General de Seguridad Social, pero sin incluir la exigencia de la previa elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos; y una vez que se acude a dicha LGSS [a su artículo 166, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y, a su vez, remite al contrato de relevo del Estatuto de los Trabajadores], lo que se comprueba efectivamente es que, cuando es otorgada antes de la edad ordinaria de jubilación, se condiciona a un simultáneo contrato de relevo, lo que equivale a configurar esta concreta modalidad de jubilación parcial como una medida dirigida a favorecer el empleo.

- Una segunda posibilidad de jubilación parcial que, en ambos preceptos legales, sí es enmarcada dentro de la planificación u ordenación que de sus recursos humanos establezca la correspondiente Administración pública empleadora de la persona que accede a dicha jubilación y, por ello, demuestra que responde a una finalidad diferente a la de esa primera modalidad; pues en esta segunda lo que se persigue es dar respuesta a las necesidades de ajustes de plantilla que se puedan

presentar en dicha Administración; y, además, se prevé (en la Ley 7/2007) que esa respuesta puede consistir en establecer para la jubilación parcial unas "condiciones especiales" (lo que sugiere unas modalidades especiales diferentes de la jubilación parcial establecida como regla general).

También la sentencia de la Sala General de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 22 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3044/2008), seguida en las posteriores de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 2009 (recursos 807/2009 y 4352/2008) y 6 de julio de 2010 (recurso 4010/2009), sostiene la imposibilidad de acceso por parte del personal estatutario de los Servicios de Salud, cuyo régimen jurídico esencial viene regulado por el Estatuto Marco aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y que se ve igualmente afectado por el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, a la jubilación parcial (ya sea la anticipada o la autónoma) prevista en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, al menos por ahora, y ello al entender que la efectiva aplicación de tal derecho precisa de la aprobación de un reglamento que establezca su régimen jurídico.

Los argumentos sustanciales empleados a tal fin por las sentencias citadas son los siguientes:

- El art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) regula dos distintas modalidades de jubilación parcial. La primera, que, con doctrina autorizada, podríamos denominar "autónoma", es la prevista en el número 1 de dicho precepto, en la redacción anterior a la hoy vigente Ley 40/2007, y es aquella situación a la que pueden acceder "los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación" y que, reuniendo los requisitos para causarla, decidan continuar prestando servicios parcialmente, en jornada no inferior al 25 % ni superior al 85 % de la que venían realizando. Esta posibilidad no requiere la simultánea celebración por parte del empresario de un contrato de relevo con otro trabajador, aunque la novación contractual que conlleva respecto al vínculo con el jubilado parcial parece necesitar de la concorde voluntad de los contratantes.

- La segunda modalidad de jubilación parcial es la anticipada que contempla el número 2 del mismo art. 166 LGSS, también según la redacción anterior a la nueva Ley 40/2007, y se refiere a "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 en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general", quienes podrán acceder a ella "en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

- El régimen jurídico de una y otra modalidad de jubilación parcial (la autónoma y la anticipada) será, como literalmente dispone el número 4 del art. 166 LGSS desde que fuera añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, "el que reglamentariamente se establezca".

- Conviene destacar desde ahora que ambos modelos de jubilación parcial están referidos expresamente a "los trabajadores", tanto en la dicción legal (art. 166 LGSS) como en la reglamentaria (arts. 1.1 y 10 RD 1131/2002, mencionando éste último, con mayor precisión aún, a los "trabajadores por cuenta

ajena"), y tal condición, en principio y desde luego en su estricto sentido técnico jurídico, sólo cabe atribuirla a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Y aunque esas notas (prestación de servicios, retribución, ajenidad y sometimiento al ámbito de organización y dirección) que definen y caracterizan el contrato de trabajo, están igualmente presentes en la relación estatutaria, la expresa remisión que el art. 166.2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno esta posibilidad de jubilación parcial (y desde luego a la anticipada), únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que, como se sabe (art. 1.3.a ET), se encuentran excluidos, también de forma expresa, los funcionarios públicos y todos aquellos que presenten 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.

- Lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí importan es que tanto la referencia del art. 166.2 LGSS al término "trabajadores" como la mención directa que el propio precepto hace del art. 12.6 del ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo art. 166 de la LGSS ("El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca"), permiten entender que el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma. El reglamento en sí parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario.

- El art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé que "el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente que "los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos".

- El precepto además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente Comunidad Autónoma, contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social y no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado RD 1991/1984, de 31 de octubre, pasando luego por el RD 144/1999, de 29 de enero, y hasta llegar al vigente RD 1131/2002, de 31 de octubre, que, en el párrafo octavo de su preámbulo, justifica la necesidad de dictar normas de desarrollo y aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

- Cuando la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Disposición Adicional Sexta, se ocupa de la jubilación de los funcionarios, prevé que "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".

Tal previsión es sin duda la plasmación normativa a la que alude la exposición de motivos de la propia Ley 7/2007 cuando sostiene que "en desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común".

- La Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, como criterio interpretativo que confirma o corrobora la firme y permanente voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo normativo para que, tanto los funcionarios como el personal estatutario, puedan acceder a la jubilación parcial en su Disposición Adicional Séptima, bajo la rúbrica de "Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos", expresamente establece que (párrafo primero) "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 [añade el segundo párrafo] se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior".

En suma, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha reconocido la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12.7 ET), pero necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario: 166.4 LGSS), respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios.

NOVENO.- Los términos literales, en la fórmula propuesta por el Instituto Nacional de la Salud de fijación de doctrina legal son los siguientes:

«El artículo 26.4 de la Ley 55/2003, reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de 16 de diciembre, reconoce la jubilación parcial al personal estatutario, remitiendo a los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Dicha regulación establecida en el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, exige en su apartado cuarto el desarrollo reglamentario, lo que supone que el reconocimiento de toda la regulación de la institución jurídica, no está contenido en la Ley sustantiva reguladora de la seguridad social.

A este respecto, el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social exige para acceder a la jubilación parcial a los solicitantes de dicha prestación menores de sesenta y cinco años, primero que sean trabajadores, en los términos establecidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, y en segundo lugar la celebración de un contrato de relevo, en los términos establecidos en el art. 12 del actual Estatuto de los Trabajadores. De este modo, ni el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social ni el vigente desarrollo reglamentario, el Real Decreto 1131/2002, recogen en la actualidad la regulación de la jubilación parcial a favor del personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud, lo que hace imposible en este momento su aplicación de forma directa e inmediata al personal estatutario de los Servicios de Salud, que por el momento no tienen regulado normativamente el derecho a la jubilación parcial y anticipada en aspectos tan esenciales como el régimen jurídico de la sustitución.

Abona esta tesis, no solo lo dispuesto en el art. 166 en sus apartados 2 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social, sino la ulterior aparición de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

De este modo, y dado que la falta de desarrollo normativo impide la concertación de un contrato de relevo, requisito imprescindible para poder acceder a la jubilación anticipada y parcial para menores de 65 años, de acuerdo con lo establecido en los arts. 10 y 11 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, contrato de relevo no contemplado en el art. 9 de Estatuto Marco del Personal de los Servicios de Salud. Tampoco es posible eximir a las instituciones sanitarias para las que prestan servicios el personal estatutario que pretende la jubilación parcial y anticipada, de la celebración del contrato de relevo, pues se frustraría la finalidad de inserción laboral de los trabajadores desempleados o con contrato temporal que es precisamente una de las razones que justifica la institución jurídica que nos ocupa.

Una vez dictado el desarrollo normativo se hace necesario además, que por las Comunidades Autónomas, se aprueben planes de ordenación de los recursos humanos a fin de establecer los mecanismos que permitan al personal estatutario acogerse a este tipo de jubilación ».

DECIMO.- Retomando el carácter excepcional de este recurso conectado con su función preventiva y nomofiláctica esta Sala ha rechazado (por todas, las SSTs de 8 de octubre de 2003 y 15 de febrero de 2005) aquellos recursos que

formulan una doctrina legal en términos de excesiva generalidad, lo que a juicio de la Sala procede reconocer en la cuestión planteada, al valorar detenidamente la descripción normativa realizada.

Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del recurso de casación en interés de ley.

Dada la naturaleza y configuración de este especial recurso, no resulta procedente hacer pronunciamiento alguno sobre las costas.

Fallo

Desestimar el recurso de casación en interés de la Ley nº 54/2008 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia número 1008 dictada, el 18 de julio de 2008, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación 512/08, interpuesto contra la sentencia número 4 dictada, el 16 de enero de 2008, por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 8 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 706/2006, sin costas.