

UNA ALTERNATIVA A LA JUBILACIÓN FORZOSA: LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA EMPRESA PRIVADA Y EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ANTONIO VALENCIANO SAL

Doctorando del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Extracto:

A lo largo de este estudio se analiza la situación actual de la jubilación tanto en la empresa pública como en su vertiente privada. La jubilación en el ordenamiento jurídico español permite y fomenta una retirada obligatoria de los trabajadores de su situación en activo en el mercado laboral por razón de edad. Como alternativa a esta obligatoriedad, más conocida en nuestro Derecho como «jubilación forzosa», encontramos un instrumento mucho más beneficioso y progresivo para los trabajadores a la hora de cesar en el mercado laboral. Se trata por tanto de un enfoque que puede hacerse realidad mediante la jubilación parcial.

No obstante, la jubilación parcial no sólo no está siendo fomentada por la legislación que regula la situación laboral de los empleados de la empresa privada, sino que además, la Administración Pública no permite el acceso a la jubilación parcial en la mayoría de los supuestos.

Ya sea, por las políticas de empleo en el caso de la empresa privada, o por una presunta ausencia de desarrollo reglamentario de la materia en la empresa pública, parece obvio que el legislador sigue optando más por medidas mediocres que den cierto resultado a corto plazo, que por reformas a través de las cuales pueda obtenerse un resultado óptimo en materia de jubilación.

Palabras clave: jubilación, jubilación forzosa, jubilación parcial y Administración Pública.

THE ALTERNATIVE TO NECESSARY RETIREMENT: THE PARTIAL RETIREMENT IN THE PRIVATE COMPANY AND IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

ANTONIO VALENCIANO SAL

*Doctorando del Departamento de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid*

Abstract:

ALONG this study the current situation of the retirement is analyzed both in the public companies public as in its private slope. The retirement in Spanish regulation allows and promotes an obligatory retreat of the workers as assets in the labour market because of age. As an alternative to this obligatory nature, more known in our Law as «necessary retirement», we find a much more beneficial and progressive instrument for the workers at the moment of ceasing in the labour market. It is a question therefore of an approach that one can make real by means of the partial retirement.

Nevertheless, the partial retirement not only is not being promoted by the legislation that regulates the labour situation of the employees in the private company, but in addition, the Public Administration does not allow the access to the partial retirement in the majority of the suppositions.

Be it, because of the employment policies in the case of the private company, or because of a supposed absence of regulation in the matter in the public companies, it seems to be obvious that the legislator continues to choose mediocre measures that give certain short-term results, rather than reforms that would allow to achieve ideal results for retirement.

Keywords: retirement, necessary retirement, partial retirement and Public Administration.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La jubilación forzosa.
- III. La jubilación parcial.
- IV. Problemas aplicativos en la Administración Pública.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de la «jubilación forzosa» regulada actualmente en nuestra legislación está siendo uno de los temas más conflictivos en materia de jubilación.

«Técnicamente no existe la jubilación forzosa por edad. No obstante, bien por ley o mediante negociación colectiva, se pueden establecer edades a partir de las cuales se obligue al paso de los trabajadores a la situación de jubilación, con lo que estaríamos en presencia de una jubilación forzosa por edad», estableciendo «su inaplicabilidad para aquellos trabajadores que al alcanzar la edad establecida no reúnan el periodo mínimo de cotización que permita el reconocimiento de la pensión de jubilación ¹».

Esta modalidad de jubilación se encuentra regulada en la actual disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores para aquellos que presten sus servicios en la empresa privada y recogida para los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, (Ley 7/2007) en el artículo 67.1 b) y 67.3, estableciendo ambos la edad de jubilación ordinaria a los 65 años. Con el objeto de llevar un orden a lo largo de este estudio se advierte que analizaré el tema principal de este estudio por instituciones, comenzando por la jubilación forzosa en su vertiente privada y pública a la que le seguirá la jubilación parcial como alternativa a la jubilación forzosa, igualmente en el ámbito privado y público. Asimismo, analizaré las políticas de empleo en las que se justifica la jubilación forzosa y por último, una atención especial a la jubilación parcial en la Administración Pública. Este estudio va a desarrollarse tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial y doctrinal.

II. LA JUBILACIÓN FORZOSA

La primera etapa de la evolución histórica de la jubilación forzosa debemos enmarcarla jurídicamente en el contenido de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores de 1980: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrán el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de 69 años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ SEPTIÉN, J.: *La jubilación: régimen jurídico y procedimiento para su cálculo*. Ed. Lex Nova, 2006.

La incorporación de la mencionada disposición adicional fue criticada y debatida por su absoluta falta de claridad, situación que desembocó rápidamente en la interpretación jurisprudencial de dicha disposición. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se hizo eco en su Sentencia de 7 de octubre de 1980: «Si las partes sindicalmente representativas suscribieron en 15 de marzo de 1979 un convenio colectivo, es decir, el mismo día en que entró en vigor el Estatuto de los Trabajadores, y en él convinieron que la jubilación era forzosa una vez que el operario hubiese superado los 69 años de edad, es claro que decidieron sobre materia que con anterioridad había estado sustraída a la potestad contractual en razón a haber sido considerada indisponible e incompensable, pero que ha dejado de ser derecho necesario y por tanto sometida a decisiones concretas de la contratación colectiva, como se desprende del contenido conjunto del artículo 3.5 y párrafo segundo de la disposición adicional quinta del Estatuto aludido».

Con esta justificación el Tribunal Supremo declara que los jubilados forzosamente que pusieron en marcha este recurso de casación, debido a que ya habían superado los 69 años de edad, fueron eficazmente jubilados y, por tanto, desestima el recurso.

A tenor de la primera sentencia en la que el Tribunal debate sobre el contenido de la disposición que forzosamente jubila a los trabajadores que han alcanzado la edad de 69 años, la decisión final de éste se encuentra en absoluta armonía con dicho precepto. No obstante, la valoración del Tribunal Constitucional no tardó en llegar con la Sentencia 22/1981 que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre la conocida disposición del siguiente modo: «Es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como una norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad». Sin embargo, a lo largo de esta sentencia, en concreto en el fundamento jurídico octavo ya el Tribunal justificó su decisión puntualizando lo siguiente: «La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un periodo máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo, el ejercicio de ese mismo derecho». Ya el Tribunal entiende que la finalidad de la disposición no es tanto la del fomento de empleo juvenil, sino que nos encontramos ante la pérdida del derecho a trabajar por un colectivo como son los trabajadores de edad avanzada para así, de este modo, favorecer a los trabajadores más jóvenes.

Sin embargo, aunque el Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/1981 evidencia una clara limitación del derecho al trabajo sobre un colectivo concreto (trabajadores de edad avanzada), intenta justificar dicha situación mediante las políticas de fomento del empleo, de las que hablaré más adelante. Ante esta decisión por parte del Tribunal Constitucional que limita el derecho al trabajo, consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española, deberíamos pensar entonces si nos encontramos ante una auténtica política de fomento del empleo o ante una justificación que discrimina a un colectivo de trabajadores por razón de edad. Sin embargo, antes de responder a cuestiones tan complejas, seguiremos analizando la jubilación forzosa y su ubicación a lo largo de la historia.

La segunda etapa se abre unos años más tarde con la habilitación que el párrafo segundo de la disposición adicional quinta confiere a la negociación colectiva, convirtiéndose así en el centro de con-

troversia. El debate se abre entonces con la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril, que declara que «el párrafo segundo de la disposición adicional quinta no es inconstitucional».

Mediante la refundición por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se modifica la ubicación de la disposición adicional quinta, situándola en la ordinal décima, pasando a ser conocida hasta nuestros días como la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, aunque el legislador no se conformó con la mencionada reordenación, sino que además redimensionó su contenido con el siguiente tenor:

«Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo.

La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

La tercera etapa llega tras la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Debo indicar que existen serias dudas sobre su aplicación ya que la propia directiva establece: «La presente directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación ²».

Por tanto, la directiva parece hacer una reserva competencial en materia de jubilación a los Estados miembros. Sin embargo «la protección de igualdad de trato por razón de edad se sitúa por delante de esta excepción ³», aplicándose así la directiva frente a las normas estatales, resolviéndose de este modo la problemática sobre su aplicación.

El objeto que persigue el texto está regulado en el artículo primero, que no es otro que la lucha contra la discriminación por motivo de edad que es el que nos interesa a lo largo de este estudio en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, aunque cabe destacar a estas alturas del texto que extinguir un contrato con carácter obligatorio por la simple razón de cumplir los 65 años de edad, parece albergar un trato desfavorable a estos trabajadores. No obstante, no podrá considerarse discriminación y así lo establece el artículo sexto de la directiva, siempre que pueda justificarse objetiva y razonablemente un trato desigual, cuya finalidad perseguida sea legítima, debiéndose alcanzar por medios adecuados y necesarios, tema que se desarrollará más adelante.

Tras el análisis de la normativa europea, continúo con la cuarta etapa de la institución de la jubilación forzosa, caracterizada por la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 5/2001,

² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000: considerando número 14.

³ CASTELLANO BURGUILLO, E.: Aranzadi social, paraf. 68/2007.

que deroga la tan conflictiva disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores y por tanto, a partir del 4 de marzo de 2001, fecha de entrada en vigor del real decreto, las cláusulas de los convenios colectivos reguladores de fórmulas de jubilación forzosa habrán perdido su vigencia.

Como consecuencia de esta derogación comienza a tenerse en cuenta una modalidad de jubilación que va a empezar a utilizarse erróneamente como una vía alternativa para que los trabajadores de edad avanzada salgan del mercado laboral en lugar de hacer un buen uso de una institución cuyas ventajas son numerosas. Esta modalidad es la jubilación parcial aunque es una cuestión que veremos a lo largo del estudio.

Culminamos este paseo por la historia de la jubilación forzosa en su quinta etapa que llega hasta la actualidad con la Ley 14/2005 que ya habíamos anunciado, que vuelve a admitir la jubilación forzosa convencional, mediante la incorporación al Estatuto de los Trabajadores de una nueva disposición adicional décima, dotada de una cierta y cuestionable retroactividad cuya redacción queda del siguiente modo:

«En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.
- b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

Además, la disposición transitoria única de dicha Ley 14/2005 establece:

«Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor».

Tras esta etapa que llega a la actualidad, comprobaremos cómo la utilización de la jubilación parcial ha disminuido considerablemente para dar paso, de nuevo, a la jubilación forzosa como instrumento para la salida de trabajadores de edad avanzada del mercado laboral.

En lo que respecta a los trabajadores a cargo de la Administración Pública, también se establece la jubilación forzosa. En concreto, el artículo 67.1 b) del EBEP cuando dice literalmente así: «1. La jubilación de los funcionarios podrá ser: b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida». Y añade en su apartado tercero, primer párrafo: «La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los 65 años de edad». Lo que debemos plantearnos es si el establecimiento de la jubilación forzosa en el EBEP es un síntoma de discriminación por razón de edad para los trabajadores a cargo de la Administración Pública.

Partiendo de la dificultad que entraña el estudio de los distintos tipos de trabajadores a cargo de la Administración Pública comenzaremos por la figura del funcionario de carrera. «Según la jurisprudencia, no nos encontramos ante una vulneración del derecho al trabajo, ya que no procede extrapolar el derecho al trabajo a las relaciones funcionariales y que no conlleva el derecho de continuar en el ejercicio de una función pública hasta una determinada edad, ni mucho menos, si cabe, hacerlo de forma indefinida». La justificación en la que se basa el Tribunal para diferenciar entre trabajadores públicos y privados es que en el caso de los trabajadores públicos, a pesar de que la jubilación ordinaria es un derecho del funcionario como lo es del trabajador privado, prevalece a su juicio la concepción de ésta como «una causa de incapacidad para el trabajo del funcionario, pues mientras que en el ámbito laboral es necesario acreditar dicha capacidad, en el otro, se presume *iuris et de iure* por el mero hecho de haber cumplido la edad reglamentaria ⁴». Asimismo se argumenta por la jurisprudencia que «la doctrina de los derechos adquiridos, a la luz de un examen histórico, doctrinal y jurisprudencial, no permite afirmar que la edad de jubilación constituye un derecho para el funcionario, siendo claro que su determinación es plenamente disponible por la ley, debiendo así concluirse en la inexistencia aquí de un derecho previo ⁵». De ello se infiere que el funcionario por el mero hecho de ingresar en un puesto de la Administración Pública, no dispone de la jubilación como un derecho, sino que estará siempre subordinado a lo que se dicte por ley.

En cuanto a estas declaraciones jurisprudenciales, ya hemos visto cómo esa concepción en la que prevalece la jubilación como una causa de incapacidad es precisamente lo que fomenta la discriminación por razón de edad contemplada en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, hasta ahora hemos hablado sobre la regla general en materia de jubilación forzosa en la Administración Pública. Sin embargo, el EBEP establece para determinados colectivos normas sobre jubilación forzosa que mantienen una edad diferente. Son ejemplos claros los magistrados, jueces, secretarios judiciales y fiscales cuya jubilación forzosa se establece a los 70 años de edad ⁶. Igualmente, tal y como establece el artículo 200.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los miembros de la Carrera Judicial jubilados por edad que sean nombrados para ejercer dicha función tendrán la consideración y tratamiento de magistrados eméritos. En dicha situación podrán permanecer hasta los 75 años,

⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Extinción. La pérdida de la condición de empleado público», en *Memento Empleado Público*, 2010-2011.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/1986, de fecha 29 de julio.

⁶ Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 386.

teniendo el tratamiento retributivo de los magistrados suplentes». Y el apartado número 5 de dicho artículo: «Los magistrados del Tribunal Supremo, una vez jubilados, serán designados magistrados eméritos en el Tribunal Supremo cuando así lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos legalmente establecidos y de acuerdo con las necesidades de refuerzo en la sala correspondiente».

Otro colectivo son los funcionarios docentes universitarios cuya jubilación forzosa se establece a los 70 años de edad ⁷. De igual modo, los registradores de la propiedad tendrán que jubilarse a los 70 años de edad ⁸.

Volviendo al sector público, independientemente de los colectivos a los que expresamente la ley retrasa la edad de jubilación aunque igualmente forzosa, también se dispone en el apartado tercero del artículo 67 del EBEP: «No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que cumpla 70 años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación», aunque dicha prolongación esté subordinada a ciertos requisitos como son: no tener derecho a una pensión de jubilación por no haber alcanzado los 15 años mínimos cotizados, siempre y cuando tenga acreditados al menos 12 hasta completar los 15; así como que pueda considerarse al trabajador apto para seguir en activo ⁹, situación que se da exactamente igual en el ámbito laboral privado.

Algo parecido ocurre con el personal estatutario que también está subordinado para la prolongación de la vida laboral activa a que esté capacitado para desarrollar la actividad que corresponda a su puesto de trabajo así como que en el momento en que cumpla la edad ordinaria de jubilación forzosa, le resten seis o menos años de cotización para beneficiarse de pensión de jubilación ¹⁰.

En el caso del personal laboral, como es sabido, están supeditados a la legislación de los trabajadores a cargo de la empresa privada, es decir, a las normas establecidas en materia de jubilación forzosa tras la Ley 14/2005 ya desarrollada anteriormente.

En este sentido radica una de las diferencias más importantes en materia de jubilación forzosa entre el sector privado y el sector público. En el ámbito público la edad de jubilación ordinaria forzosa se establece en 65 años de edad y en determinados colectivos se retrasa hasta los 70, exceptuándose algún colectivo muy concreto en los que la edad de jubilación ordinaria forzosa es inferior a los 65 años por las exigencias y las necesidades del puesto de trabajo que requiere trabajadores de una determinada edad. En el sector privado, sin embargo, no es necesario hacer un estudio exhaustivo para darse cuenta de que prácticamente todos los convenios tanto de sector como de empresa, no sólo regulan la jubilación forzosa, sino que además premian a aquellos trabajadores que soliciten jubilarse antes de la edad de jubilación ordinaria, excluyendo así la posibilidad de que el trabajador opte por la jubilación parcial.

⁷ Ley 30/1984, disposición transitoria decimoquinta.

⁸ Reglamento Hipotecario, Decreto de 14 de febrero de 1947, artículo 542, párrafo segundo.

⁹ Real Decreto Ley 670/1987, de 30 de abril, artículo 28.2.

¹⁰ Ley 55/2003, artículo 26.3.

III. LA JUBILACIÓN PARCIAL

Decía en líneas anteriores que debido a la derogación de la disposición adicional décima (RDL 5/2001), comienza a tener interés la jubilación parcial que tuvo su nacimiento en el año 1994 (RDLeg. 1/1994, Ley General de la Seguridad Social). Retomado fue el interés de esta modalidad de jubilación como alternativa ante la derogación de la disposición adicional décima como posible vía de salida del mercado de los trabajadores de edad avanzada, sin tenerse apenas en cuenta las ventajas de esta modalidad de jubilación, que nada tiene que ver con el objetivo que de ella se pretende en esta etapa. Aunque de igual modo, es conveniente dejar constancia de que a pesar de que el Real Decreto Legislativo 1/1994 establece la jubilación parcial, los requisitos que se exigen para alcanzarla no son nada flexibles obedeciendo a una redacción restrictiva:

- La edad mínima para el acceso a la jubilación parcial se establece en 61 años de edad.
- La antigüedad mínima en la empresa debe ser de 6 años.
- La reducción de la jornada deberá estar comprendida entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 75 por 100.
- El periodo de cotización previo es de 30 años.
- Correspondencia mínima de bases de cotización del relevista de un 65 por 100 en aquellos supuestos en los que el relevista no tenga el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial.

La jubilación parcial es «una fórmula de transición gradual desde la vida laboral a la condición de pensionista retirado ¹¹». Esta modalidad se encuentra regulada en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, dando la posibilidad al trabajador de jubilarse de forma parcial, vinculado o no con un contrato de relevo de conformidad con lo establecido en los artículos 166 de la Ley General de la Seguridad Social y 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. Esta vinculación con un contrato de relevo tiene carácter obligatorio en el caso de encontrarnos ante un trabajador menor de 65 años, debiendo «estar contratados a jornada completa, asimilando los contratados a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto, equivalgan en días teóricos a los de un trabajador a tiempo completo comparable, siempre que se reúnan en los distintos empleos los requisitos de antigüedad, reducción de jornada y contratación relevista» que comentaré más adelante. En contraposición se dispone con carácter facultativo en materia de contratación de un relevista para aquellos trabajadores que accedan a la jubilación a partir de los 65 años, pudiendo estar contratados a jornada completa o parcial. En estos casos no se exige contrato de relevo como ya mencioné en líneas superiores. Esta exclusión parece contradictoria si lo que se persigue con la jubilación parcial es el fomento y creación de empleo.

Sin embargo, en este último caso, el trabajador podría estar jubilado porque ya ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, y lo que éste hace es jubilarse parcialmente y no totalmente, con lo que ya se está creando empleo o, al menos, no se destruye un puesto de trabajo. Por tanto, parece coherente pensar que si un trabajador decide voluntariamente mantener su puesto de trabajo parcialmen-

¹¹ MONTROYA MELGAR, A. y SÁNCHEZ-URÁN, AZAÑA Y.: «Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo*.

te o volver a estar en activo renunciando a su pensión de jubilación total para beneficiarse de la jubilación parcial complementada con el salario que percibe por un contrato a tiempo parcial en su caso, ya estamos creando empleo por lo que no sería necesario si la empresa lo decide así, contratar a un relevista. Vemos por tanto, que la flexibilidad de los requisitos para acceder a la jubilación parcial en estos casos está justificada.

Aunque desde mi punto de vista el requisito de una nueva contratación con el relevista debería ser obligatorio para aquellos trabajadores que hayan cumplido la edad de jubilación ordinaria y quieran seguir trabajando teniendo cumplidos los 30 años de cotización porque en estos casos sí que se está excluyendo la contratación juvenil en beneficio de un trabajador que tiene cotizados los 30 años, puesto que el empresario podría utilizar este mecanismo para alargar la vida laboral de un trabajador con un contrato a tiempo parcial para evitarse la contratación a jornada completa de un nuevo trabajador, que es lo que tenía contratado antes del acceso a la jubilación parcial del primero. De igual modo, tampoco se requiere una determinada antigüedad en la empresa.

En cuanto al periodo mínimo de cotización se necesitan 15 años cumplidos, de los cuales dos deberán estar incluidos dentro de los 15 años anteriores al hecho causante, entendiéndose como hecho causante de la jubilación parcial «el cese parcial en el trabajo ¹²». De todo ello puede inferirse que los requisitos para la jubilación parcial en el caso de los trabajadores con edad superior a 65 años de edad son bastante más flexibles, debido a que el principal objetivo de esta institución es la creación y fomento del empleo.

En mi opinión, nos encontramos ante una medida de carácter positivo sobre todo en materia de fomento y creación del empleo. Tanto es así que debemos potenciar este tipo de contrato por las siguientes razones:

- Favorece el acercamiento a la edad ordinaria real y efectiva de jubilación regulada en el Estatuto de los Trabajadores, ya que se ha dado lugar a «una tendencia muy acusada a que los trabajadores de esta edad (refiriéndose a los trabajadores de edad avanzada) en lugar de permanecer más tiempo trabajando y, por tanto, cotizando al sistema de pensiones, acortan, por razones muy diversas, su vida laboral, es decir, dejan o cesan en su trabajo con acusada antelación a la edad prevista en los respectivos ordenamientos jurídicos para acceder a una pensión de jubilación ¹³».
- Debe relacionarse además a esta modalidad de jubilación «como medida de fomento del Empleo», como «respuesta a una política de mantenimiento de la actividad laboral de los trabajadores de edad avanzada ¹⁴».

¹² GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Ed. Bomarzo, 2010.

¹³ Sobre los efectos de estos fenómenos en la Seguridad Social, en especial, en el sistema de pensiones de vejez o jubilación, *vid.*, VON MAYDELL, B.: «Los sistemas sociales de seguro de vejez en el Mercado único Europeo: el problema demográfico», en *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, MTSS, Madrid, 1993, pág. 305 y ss.

¹⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: «Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social». Publicación número 33 de la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pág. 241.

- El trabajador podrá dejar de trabajar para alcanzar la jubilación de forma progresiva, evitando así posibles riesgos psicosociales producidos por el cese absoluto en su puesto de trabajo y consecuentemente la salida del mercado laboral. No obstante, las partes pueden pactar que el trabajador parcialmente jubilado pueda trabajar a tiempo parcial concentrado. El Real Decreto 1131/2002 «no define en qué consiste esta forma de distribuir el tiempo de trabajo. En la Exposición de Motivos habla de que la regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados periodos de cada año, permaneciendo inactivo el tiempo restante. Y en la disposición adicional tercera viene a decir literalmente casi lo mismo, incluso expresando de manera menos clara la forma y periodicidad de la retribución en tales casos y añadiendo que los periodos de inactividad deben ser superiores al mensual ¹⁵».

Esta figura, en mi opinión, parece contradictoria si lo que perseguimos es un cese del puesto de trabajo progresivo, ya que siguiendo la modalidad del trabajo a tiempo parcial concentrado, conseguimos que la jubilación parcial se convierta en una vía para jubilar al trabajador anticipadamente sin que el cese se produzca paulatinamente, excluyendo asimismo la prevención de los riesgos psicosociales mencionados.

Sin embargo, a pesar de estas razones, hemos de decir que desde la rehabilitación de la disposición adicional décima, esta modalidad de jubilación ha dejado de tener tantos seguidores para dejar paso de nuevo a la utilización de la disposición adicional como primera y única alternativa para la salida del mercado laboral de los trabajadores de edad avanzada, sin tener en cuenta las ventajas desarrolladas.

Por otra parte, ya he comentado en líneas anteriores que en el supuesto en que la edad del trabajador que solicite jubilación parcial sea inferior a 65 años, tendrá carácter obligatorio la contratación simultánea de un segundo trabajador (el relevista). Si nos encontramos en el ámbito de la empresa privada, no cabe duda de que no aparece ningún impedimento al respecto, simplemente se contratará un trabajador que esté inscrito en el Servicio Público de Empleo a tenor del artículo 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores: «6. Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 75, conforme al citado artículo 166, y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido 65 años.

La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 85 por 100 cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el artículo 166.2 c) de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁵ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: «Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social». (Comentarios al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre). *Revista Relaciones Laborales*, número 20, 2003. Punto VI. El trabajo a tiempo parcial concentrado.

La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial.

La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador.

7. El contrato de relevo se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.
- b) Salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido 65 años, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.

- c) Salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.
- d) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2 e) de la Ley General de la Seguridad Social.

Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

- e) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo».

IV. PROBLEMAS APLICATIVOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El supuesto se complica sin embargo cuando nos encontramos en el ámbito de la empresa pública, puesto que el propio EBEP no contempla el contrato de relevo y surgen cuestiones como: ¿quién será entonces el trabajador «relevista»? No cabe duda de que en el caso del personal laboral debemos entender que el procedimiento es idéntico al de un trabajador a cargo de la empresa privada. En cambio, funcionarios e interinos pueden plantear ciertas complicaciones. Para responder a esta cuestión, la jurisprudencia entiende que debe contemplarse el contrato de interinidad por vacante, previsto en el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4.2 c) del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, que encaja incluso con la duración prevista en este artículo ya que este contrato se extinguiría en el momento en que desapareciera el hecho causal, es decir, el cese del trabajador en el puesto de trabajo: «el artículo 4.2 c) del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, que precisamente regula los contratos de interinidad, dispone que los mismos se extinguirán, entre otras razones o motivos, «por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo». Poniendo en relación las dos premisas que se acaban de exponer, es forzoso concluir que en los especiales contratos de Interinidad por vacante efectuados a consecuencia de lo que establece el **Real Decreto 1194/1985**, dada la singular trascendencia que en ellos tiene el plazo del año a que se viene haciendo alusión, el citado artículo 4.2 c) debe interpretarse en el sentido de que la particular extinción contractual mencionada, que se produce cuando desaparece la causa de los mismos, les alcanza y comprende; de tal modo que, cuando se consigna en ellos, el transcurso del año referido determina la extinción del vínculo, partiendo de ello la Sala estima que el contrato no adolece de irregularidad que determine su calificación como indefinido. El contrato se celebró por causa de jubilación anticipada de un trabajador fijo de plantilla y tuvo una duración de un año como se establece en el artículo 3.2 del Real Decreto, como duración mínima siendo extinguido al finalizar ese plazo al que la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1999** ha reconocido virtualidad y eficacia en esta clase de contratación ¹⁶».

Asimismo, aunque insisto en que el EBEP no contempla el contrato de relevo y consecuentemente la figura del trabajador «relevista», haciendo un ejercicio de interpretación del artículo 10 del Estatuto parece que cabría utilizar la figura del trabajador interino como relevista, a lo que habría que añadir que incluso el propio artículo, en su apartado tercero, prevé que como causa de cese de los funcionarios interinos se producirá además de por lo previsto en el propio artículo 63, «cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento», que en este caso sería la jubilación total del jubilado parcial.

Decía anteriormente que la Directiva 2000/78/CE contempla que un trato de desigualdad entre los trabajadores por razón de edad no constituye discriminación, siempre que dicha situación de desigualdad atienda a criterios de objetividad, legitimidad y proporcionalidad. Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entiende en la Sentencia de 16 de octubre de 2007 (Félix de la Villa *versus* Cortefiel Servicios, SA), que la promoción de la contratación y la creación de empleo es un objeto legítimo, y por este motivo, los Estados podrían utilizar la jubilación forzosa, si su objetivo es alcanzar el pleno empleo. Según lo dicho, los criterios que comentaba están estrechamente vinculados a las políticas de empleo de cada Estado, entendiéndose como políticas de empleo «al conjunto de

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 9656/2005 de 14 de diciembre. FJ. sexto párrafo cuarto.

actuaciones públicas encaminadas a la ocupación activa por cuenta ajena¹⁷). Por tanto, según la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debemos entender que el establecimiento de la jubilación forzosa atiende a una finalidad muy concreta como es la ocupación activa de los trabajadores, creando empleo, y perseguir en consecuencia una mejora en la búsqueda del pleno empleo.

Sin embargo, a lo largo de este estudio he intentado demostrar que la jubilación forzosa no es la mejor opción, ya que realmente estamos «limitando» el derecho de un colectivo, a favor de otro. Lo que propongo como alternativa a la jubilación forzosa como verdadera medida del fomento y mantenimiento del empleo es la jubilación parcial, tanto es así que «la regulación de la jubilación parcial ha adoptado el esquema de fomento del empleo del programa de jubilación a los 64 años (RD 1194/1985 de 17 de julio), basado en la sustitución de un trabajador que se jubila por otro¹⁸», así como otro tipo de efectos positivos que ya hemos comentado.

El problema ante el que nos encontramos es que si seguimos entendiendo que la jubilación forzosa atiende a una finalidad legítima como es la creación de empleo y la mejora del pleno empleo, quizá deberíamos antes analizar por qué la gran mayoría de los convenios colectivos estatales tanto de sector como de empresa que regulan la jubilación, fijan la edad máxima de salida del mercado laboral de los trabajadores a los 65 años tal y como establece la disposición adicional décima justificando dicha «limitación» con los objetivos generales que la disposición predica, sin entrar a establecer una relación de medidas reales, no ficticias y concretas de cada ámbito sectorial o de cada empresa en su caso, dirigidas a una verdadera política de empleo que persiga el fomento y mantenimiento de éste. Por el contrario, los convenios colectivos, lejos de fomentar la prolongación de la participación de la población activa de aquellos trabajadores de mayor edad, tal y como establecen las directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, constituyen directamente una recompensa para aquellos trabajadores que voluntariamente salgan del mercado de trabajo. En mi opinión, no encontrándose en armonía con las directrices en cuanto a prolongación de la vida activa en el mercado laboral de los trabajadores más allá de los 65 años, sí entiendo que la alternativa para un verdadero fomento del empleo es la jubilación parcial frente a la jubilación forzosa.

Por tanto, nos encontramos ante un verdadero coladero de jubilaciones anticipadas que hacen un flaco favor a la igualdad de trabajadores por razón de edad, y un flaco favor a la contribución a la Seguridad Social por parte de aquellos trabajadores que desean seguir en una situación de activo.

Lo que es inapelable es que cada vez más trabajadores se interesan por la jubilación parcial frente a la jubilación forzosa, sobre todo en el ámbito de la Administración Pública, cuya jubilación se encuentra regulada en el EBEP, en el artículo 67. Ya son numerosos los casos tanto de funcionarios como de personal laboral que solicitan la jubilación parcial cuya respuesta por parte de nuestros tribunales vamos a ir desglosando en las siguientes líneas, a pesar de la dificultad que supone debido a la diferente condición de los trabajadores a su cargo, como son los funcionarios de carrera, personal interino (ambas figuras sometidas a la regulación del EBEP) y personal labo-

¹⁷ GUTIÉRREZ DEL SOLAR CALVO: «La política de empleo autónomo».

¹⁸ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Ed. Bomarzo, 2010.

ral (subordinado en contraposición a las anteriores, al Estatuto de los Trabajadores, cuya regulación en materia de jubilación forzosa y jubilación parcial corresponde a lo ya analizado y desarrollado anteriormente):

El EBEP en su artículo 67 regula cuatro vías para alcanzar la jubilación:

- «a) Voluntaria, a solicitud del funcionario.
- b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida.
- c) Por la declaración de incapacidad permanente... en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.
- d) Parcial. De acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4».

El artículo desarrolla cada una de ellas. En cuanto a la jubilación forzosa establece como regla general («quedando excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación», según la propia ley) que «se declarará de oficio al cumplir el funcionario los 75 años de edad». Por tanto, el empleado público se rige por una línea exacta a la del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por la jubilación forzosa que regula la disposición adicional décima, situando a los trabajadores de edad avanzada en una situación similar a las de la empresa privada. Por ello, el desarrollo de este estudio hasta el momento es absolutamente extrapolable a los trabajadores a cargo de la Administración Pública.

Esta regla general dispone de una excepción para todos aquellos trabajadores que soliciten «la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla 70 años de edad», en cuyo caso, será la Administración Pública la que decida de forma motiva si acepta o no dicha prolongación.

En cuanto a la jubilación parcial, establece el apartado 4 del artículo 67: «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». Hasta aquí no parece existir impedimento para alcanzar la jubilación parcial para todo personal a cargo de la Administración Pública que lo solicite, ya que la propia norma regula y establece dicha posibilidad. Sin embargo, el apartado 2, párrafo segundo del artículo 67 establece: «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». Asimismo, la disposición adicional sexta (jubilación de los funcionarios) establece lo siguiente: «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 a la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos».

Parece entonces, que la redacción del EBEP no es tan clara como en un principio parecía, ya que a priori, éste regulaba la jubilación y el acceso a ella por cualquiera de las cuatro vías que establece el artículo 67. Por ello, reiteradas son las interpretaciones por parte de los tribunales que declaran que la jubilación parcial de la que habla el mencionado artículo será de aplicación en el

momento en el que exista un desarrollo reglamentario que permita poner en funcionamiento dicha jubilación, sin el cual no resulta posible el reconocimiento de dicha modalidad de jubilación¹⁹, interpretaciones que según mi criterio no son acertadas. Por ello, apoyaré la tesis contraria en la jurisprudencia que iré desarrollando, puesto que en contraposición con la jurisprudencia mencionada, cada vez son más las sentencias que apoyan el acceso a la jubilación parcial para los trabajadores a cargo de la Administración Pública sin necesidad de un desarrollo reglamentario.

Un claro y reciente ejemplo es la Sentencia 329/09 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 22 de Madrid que utilizaré como apoyo principal a lo largo de este texto ya que el juzgador a través de su argumentación refleja minuciosamente la situación real en la que se encuentra la figura de la jubilación parcial, acercando a los funcionarios que lo soliciten a dicha modalidad de jubilación. A criterio del juzgador, una de los rasgos del EBEP es su vigencia y obligatoriedad en lo que a edad de jubilación del empleado público se refiere. Por ello declara, que «hasta tanto no se dicte ley del parlamento nacional, no existen condiciones especiales para la aplicación de lo dispuesto sobre jubilación parcial» en el EBEP. Añadiendo: «[De] la lectura del texto de la Ley 7/2007 resulta que la obligatoriedad de la norma no aparece condicionada a desarrollo reglamentario alguno. En ningún precepto del articulado o en sus disposiciones adicionales o transitorias se prevé expresamente esta condición, de lo que resulta ese carácter de vigencia y eficacia en cuanto de la misma resulta el reconocimiento palmario de una situación administrativa y de un derecho de empleado público a acogerse a la misma y por ello debe ser cumplida por la Administración, que ha de disponer lo necesario para el reconocimiento y efectividad del derecho del recurrente a la jubilación parcial que tiene solicitada».

Por otra parte, la disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 dispone: «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». En cuanto a este precepto la jurisprudencia entiende que «únicamente se ordena al Gobierno que presente 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 colectivos²⁰». De ello no se infiere que la ley exija como requisito para alcanzar la jubilación parcial un desarrollo reglamentario.

Lo que sí puede parecer relevante son algunos aspectos que aluden a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de la Seguridad Social que modifica la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto 1/1994, de 20 de junio. En concreto, la disposición adicional séptima dispone que «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

¹⁹ Sentencia 294/09 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Madrid; F.J. primero y Sentencia 93/2010 del Tribunal Superior de Justicia- Sección 10.ª F.J. segundo, párrafo segundo.

²⁰ Sentencia 93/2010 del Tribunal Superior de Justicia de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª. F.J. segundo, párrafo tercero.

problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes y que en dicho estudio se contemplará la realidad de los diferentes colectivos afectados». Sin embargo, parece que el juzgador siguiendo la misma línea entiende que «dicha disposición no establece la obligación del Gobierno o del poder legislativo de dictar normas reglamentarias o legislativas sobre jubilación parcial de los colectivos afectados, pues se parte ya de la existencia de la referida normativa y de que el estudio parece que debería exclusivamente incidir en la problemática afectante a las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes». Estudio, que por cierto, no consta efectuado a pesar del transcurso del plazo concedido.

Con el objeto de mantener un orden cronológico y establecer así un examen comparativo con el Real Decreto Legislativo 1/1994 y los requisitos que éste establece para alcanzar la jubilación parcial, sigo examinando la Ley 40/2007. Debo hacer constar que a partir de su entrada en vigor, no serán exigibles los requisitos que establece, puesto que vendrá a ser de aplicación un régimen transitorio de cinco años de duración, que se aplicaría de forma paulatina, el cual regula una serie de requisitos más flexibles para alcanzar la jubilación parcial. Dicha progresividad se traduce en que desde el 2009 hasta el 2014 los requisitos para alcanzar la jubilación parcial se harán más restrictivos año tras año. Mientras que en el año 2009 los requisitos que se exigían para acceder a la jubilación parcial eran menos más flexibles, durante el año 2010 se agravan quedando de la siguiente manera:

- La edad mínima para el acceso a la jubilación parcial se establece en 60 años y 4 meses de edad. * (60 años y dos meses)²¹. La edad mínima para acceder a la jubilación parcial se irá incrementando en dos meses con el objetivo de llegar a los 61 años en 2014.

La antigüedad mínima en la empresa debe ser de 4 años. * (3 años de antigüedad). Cada año se incrementará un año de antigüedad hasta alcanzar los 6 años en 2012.

La reducción de la jornada máxima para el jubilado parcial se pacta en un 80 por 100 y en un mínimo del 25 por 100. * (82% máximo de reducción de la jornada y un 25% mínimo). En cuanto a la reducción de la jornada mínima, el transcurso de los años no alterará el porcentaje. Sin embargo, en lo que a jornada máxima se refiere, se aplicará un descuento del 2 por 100 anualmente.

- El periodo de cotización previo mínimo es de 24 años. * (21 años de cotización). Los años de cotización se irán incrementando en tres anualmente.
- Correspondencia mínima de bases de cotización del relevista de un 65 por 100 en aquellos supuestos en los que el relevista no tenga el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2010, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se ha derogado el régimen transitorio de la jubilación parcial que se estaba aplicando hasta el momento, imponiendo de nuevo los requisitos exigentes y restrictivos para acceder a la jubilación parcial que se exigían en el Real Decreto 1/1994.

²¹ El asterisco que antecede al texto indica que el dato pertenece al año 2009 para ofrecer una comparativa entre el año 2009 y el año 2010.

Por tanto, el Real Decreto-Ley 8/2010 establece que aquellos que quieran acceder a la jubilación parcial deberán reunir los siguientes requisitos:

- La edad mínima para el acceso a la jubilación parcial se establece en 61 años.
- La antigüedad mínima en la empresa debe ser de 6 años.
- La reducción de la jornada deberá estar comprendida entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 75 por 100.
- El periodo de cotización previo mínimo es de 30 años.
- Correspondencia mínima de bases de cotización del relevista de un 65 por 100 en aquellos supuestos en los que el relevista no tenga el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial.

Tras dicha derogación nos encontramos de nuevo en el punto de partida, retomando para el acceso a la jubilación parcial los requisitos restrictivos que alejan aún más a los trabajadores que desean acceder a dicha modalidad de jubilación, por cierto, utilizada como moneda de cambio, a la que se le ofrece absoluta prioridad cuando la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores queda derogada como dije anteriormente y dificultando todo lo posible su acceso.

Retomando la valoración que la jurisprudencia hace sobre el personal a cargo de la Administración Pública que solicite alcanzar la jubilación parcial, no parece del todo acertada, ya que la jubilación parcial no se encuentra sometida a ningún requisito salvo el dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 67 del EBEP, siendo improcedente declarar que la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007 incorpora un mandato expreso preciso y claro de desarrollo reglamentario en materia de jubilación parcial de los funcionarios públicos, como se ha dicho en líneas anteriores.

Asimismo, el juzgador de la Sentencia 329/09 declara igualmente que la interpretación que realiza deriva de lo establecido en las normas de Derecho Comunitario, las cuales no distinguen entre trabajadores a cargo de la empresa pública y de la Administración Pública, afirmando que se aplicará «a todos los sectores de actividad privada y pública ²²».

En contraposición con la línea que se está siguiendo en este estudio, procede comentar la Sentencia de fecha 22 de julio de 2009 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, puesto que ésta ha sido recogida por algunos de los magistrados como un instrumento jurisprudencial para desestimar la petición que han solicitado diversos funcionarios en materia de jubilación parcial. En cuanto a ella, debo incidir en que el supuesto de la presente ha sido resuelto ante una jurisdicción diferente a la contencioso-administrativa ²³. Tanto es así que la propia sentencia declara en el fundamento jurídico segundo, párrafo segundo: «Como tantas veces ha declarado esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la función unificadora del presente recurso únicamente afecta a las sentencias dictadas por esta misma

²² Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio del año 2000 que modifica la primera.

²³ Sentencia 329/09 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 22 de Madrid.

Sala o por las distintas Salas del mismo orden social de los Tribunales Superiores de Justicia, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales». De ello podemos entender que la sentencia del Tribunal Supremo no puede crear jurisprudencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ha sido dictada en una jurisdicción diferente, y añadido que, además, una sentencia no crea jurisprudencia.

No obstante, para la parte de la doctrina que entienda que esta sentencia ha creado jurisprudencia, me gustaría destacar la interpretación del voto particular, en mi opinión, ajustada a derecho: «Obsérvese que, por una parte, no se establece la obligación del Gobierno o del poder legislativo de citar normas reglamentarias o legislativas sobre la jubilación parcial de los colectivos afectados, pues se parte de la existencia de la referida normativa y de que el "estudio", –que no consta efectuado a pesar del transcurso del plazo concedido–, parece que debería exclusivamente incidir en la problemática afectante a "las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes"; las que, en definitiva, son las "prioridades" y "garantías" a estudiar por el Gobierno en clave de armonización para el personal de distinta naturaleza al servicio de las diferentes Administraciones Públicas ("tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior")».

Asimismo, en el presente voto particular se advierte que «para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena y en orden a su jubilación parcial no se ha puesto nunca en cuestión una vigencia inmediata de las normas reguladoras de la jubilación parcial y del contrato de relevo, a pesar de que el propio Estatuto de los Trabajadores contiene normas como las que establecen que "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"²⁴ o las que disponen que "en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo"²⁵, norma esta última que podría entenderse que guarda una gran similitud con la comentada previsión del "plan de ordenación de recursos humanos" ex artículo 26.4 de la Ley 55/2003». Añade además el voto particular en su conclusión primera: «Entendemos, que con respecto concretamente al personal estatutario no tiene razón de ser estar a la espera de un futuro desarrollo reglamentario para reconocerles el derecho a la jubilación parcial».

De igual modo, si seguimos indagando en la jurisdicción social en materia de jubilación parcial que afecta al personal estatutario a cargo de la Administración Pública podemos comentar la Sentencia 176/2006, de 10 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1.^a), que apoya la tesis de la improcedencia de un desarrollo reglamentario para que los trabajadores a cargo de la Administración Pública puedan alcanzar la jubilación parcial. Ello se infiere del fundamento jurídico tercero, párrafo quinto y sexto: «El referido precepto (refiriéndose al artículo 26.4 de la Ley 55/2003²⁶, de análoga redacción por cierto, a la disposición en materia de jubilación en la Ley 07/2007 regulada en el artículo 67 con la única

²⁴ Artículo 12.7 d) del Estatuto de los Trabajadores reformado por la Ley 40/2007.

²⁵ Artículo 12.7 e) del Estatuto de los Trabajadores reformado por la Ley 40/2007 coincidente con el artículo 12.6 d) ex Ley 12/2001 de 9 de julio.

²⁶ Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud.

diferencia que la reserva competencial no recae sobre las Cortes Generales, sino sobre los órganos competentes de las comunidades autónomas y por tanto extrapolable al resto de los trabajadores a cargo de la Administración Pública) reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la ley, ni en sus disposiciones adicionales, ni transitorias, en ningún caso se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno, remitiéndose, en este concreto campo, a la normativa de Seguridad Social. Y el párrafo segundo del citado precepto no contempla otra previsión que la posibilidad de las distintas Administraciones Públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos.

Por lo tanto, se trata de una norma de aplicación directa e inmediata, que, por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno».

Volviendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, la Comunidad Autónoma de Castilla y León interpuso recurso de casación en interés de la ley, solicitando que se fije como doctrina legal la aplicación del contenido del artículo 26.4 de la Ley 55/2003 ya mencionado, requiriendo la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos en materia de jubilación parcial. El Tribunal Supremo declara en la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2010 no haber lugar al recurso de casación en interés de la ley contra la Sentencia de 2 de enero de 2008 de la Sala de Valladolid de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, admitiendo, por tanto, la procedencia del fallo de dicha sentencia, la cual revoca la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Valladolid de fecha 7 de junio de 2007, admitiendo el derecho a obtener la jubilación parcial del funcionario.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar este estudio parece conveniente hacer algunas consideraciones sobre los temas abordados. Como se ha advertido a lo largo del estudio la figura de la jubilación forzosa se mantiene, a pesar de las constantes modificaciones legislativas y jurisprudenciales tanto en el ámbito privado como en el sector público. Como consecuencia, la jubilación parcial ha dejado de tenerse en cuenta como instrumento para la creación y fomento del empleo así como otros beneficios expuestos a lo largo de estas líneas, habiendo sido considerada tan sólo como una posible vía para la salida de los trabajadores de edad avanzada tras la derogación de la jubilación forzosa.

Parece conveniente fomentar la jubilación parcial en el sector privado, situación que podría darse, por ejemplo, si eliminamos aquellas cláusulas contempladas en los convenios colectivos que premian al trabajador que salga del mercado laboral mucho antes de la edad ordinaria regulada en el Estatuto de los Trabajadores, en lugar de ofrecerle la posibilidad de jubilarse parcialmente, creando empleo para aquellos trabajadores que se encuentren inscritos en el Servicio Público de Empleo.

De igual modo, parece conveniente no retrasar aún más la opción de todos aquellos trabajadores a cargo de la Administración Pública que soliciten jubilarse parcialmente. Asimismo, al igual que

en el ámbito privado, podrían crearse numerosos puestos de trabajo que serían cubiertos por personal interino por las razones ya apuntadas.

Esta petición es del todo razonable si además tenemos presente que cada vez son más los trabajadores que solicitan dicha modalidad de jubilación. Sin embargo parece que el legislador no ha encontrado aún la coherencia en esta materia, obviando absolutamente las peticiones de los trabajadores del sector público ya que tras el Real Decreto 8/2010 ha endurecido de nuevo los requisitos para acceder a la jubilación parcial tal y como se encontraban regulados en el Real Decreto Legislativo 1/1994. Y no sólo eso, sino que además no ha presentado el estudio al que se comprometió en la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007 para el que tenía como plazo un año.

La ausencia de este estudio ha dado lugar a la tan diversa y contradictoria jurisprudencia dividida entre: por un lado, los defensores de la concesión de la jubilación parcial a todos aquellos trabajadores que lo soliciten, entendiéndolo que ya se encuentra regulado y contemplado en el EBEP en el artículo 67 y que el desarrollo reglamentario contemplado en la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007 tan sólo se tendrá en cuenta a efectos de posibles problemas que pueda generar de sostenibilidad a los sistemas de protección social y en los diferentes regímenes pero en ningún caso debe interpretarse como requisito fundamental para conceder a aquellos trabajadores que lo soliciten la jubilación parcial. Y, por otro lado, se encuentra la jurisprudencia que desestima las peticiones de aquellos que soliciten la jubilación parcial. En este último caso, a mi juicio, se está interpretando de forma extensiva e improcedente un precepto que como consecuencia no hace otra cosa más que limitar el derecho de los trabajadores a cargo de la Administración Pública a la jubilación parcial.

En definitiva, como consecuencia de esta interpretación por parte de la jurisprudencia, la falta del estudio (Ley 40/2007, disposición adicional séptima) y del consiguiente desarrollo reglamentario, o lo que es lo mismo, la actual legislación en materia de jubilación, nos encontramos ante una discriminación entre trabajadores del sector privado y del sector público, encontrándose estos últimos en una situación de trato desfavorable frente a los primeros, potenciando, además, un trato de discriminación que precisamente la legislación europea ha intentado erradicar mediante la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre y la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, que modifica la primera en las que no se distingue entre trabajadores públicos y privados. Directivas, que pese al transcurso del tiempo siguen esperando, parece, su transposición a nuestro Derecho.