

LA JUBILACIÓN FORZOSA POR EDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

M^a Cruz Reguera Andrés

Jefa de Servicio de Personal Sanitario

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria

ÍNDICE

- 1 Marco jurídico
 - 1.1 El contexto nacional
 - 1.2. El contexto comunitario
- 2 La respuesta judicial
 - 2.1. Criterio de los Tribunales Superiores de Justicia
 - 2.2. Criterio del Tribunal Supremo
 - 2.3. Jurisprudencia comunitaria
- 3 Conclusiones
- 4 Bibliografía

RESUMEN

La reducción de la edad forzosa de jubilación del personal estatutario, a los 65 años, efectuada por el Art. 26.2 de la Ley 55/2003, enseguida dio lugar a una significativa litigiosidad promovida, esencialmente, por personal médico interesado en prolongar la permanencia en servicio activo. En este trabajo se analizan las situaciones plantadas más significativas, su contexto, y las respuestas dadas por Tribunales Superiores de Justicia. Hasta llegar a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en recientes sentencias de 2012, que dejan traslucir la influencia determinante de la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de no discriminación por razón de edad, cuando entran en juego objetivos de la política de empleo ó la sostenibilidad del sistema sanitario público.

PALABRAS CLAVE

Médicos. Jubilación forzosa. Planes de ordenación. Jurisprudencia

1. MARCO JURÍDICO

Estamos viviendo actualmente un importante debate, jurídico y social, en torno al retraso de la edad legal de jubilación, que encuentra lógicos recelos en tanto supone demorar el tan merecido descanso, re-compensado, después de toda una vida laboral. Sin embargo, en una aparente contradicción, el Sistema Nacional de Salud, SNS, lleva prácticamente una década tratando de implementar la previsión legal de jubilación forzosa a los 65 años, en un contexto que no ha favorecido ni su aplicación, ni su comprensión. Incluso hoy en día, cuando la necesidad de contención del gasto público impulsa su generalizada aplicación a todos los empleados públicos, la medida sigue generando polémicas.

La reducción de la edad legal de jubilación, como causa de extinción de la condición de empleado público,¹ no ha sido asumida comúnmente con entusiasmo por los empleados públicos; especialmente por aquéllos que desempeñan puestos con un atractivo contenido funcional y régimen retributivo, en comparación a la pensión de jubilación.

No es pues de extrañar que la entrada en vigor del Art 26.2 del Estatuto Marco², EM, que la redujo de 70 a 65 años, diese lugar a una sistemática impugna-

1 La jubilación se contempla en el Art. 21 de la Ley 55/2003, del EM, entre las causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo, y en el Art. 63.c de la Ley 7/2007, del EBEP entre las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera.

2 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

ción por los facultativos, de los actos e instrumentos jurídicos de aplicación del precepto.

El contexto nacional y comunitario que ha enmarcado la aplicación del precepto, en una somera reseña, ha sido el siguiente.

1.1. El contexto nacional

Los apartados 1 y 2 del Art. 26 del Estatuto Marco establecen lo siguiente³:

*“1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.
2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años.*

No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

La referencia a los planes de ordenación de recursos humanos, PORH, obliga a considerar, para una correcta interpretación del precepto, la regulación de los mismos en el Art 13, como instrumentos de planificación, indicando su posible contenido, y estableciendo su publicación, previa negociación.

De los citados preceptos del EM destacan las siguientes consecuencias⁴:

Primera. Una regla general, que categóricamente establece la jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los 65 años de edad

Segunda. Una posibilidad excepcional. La de prolongar la permanencia en el servicio activo.

3 Un detallado estudio de la problemática generada por el Art 26.2 del EM, es el realizado por **FERNÁNDEZ PRIETO, M** en *“La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa”*.

4 Otra consecuencia, derivada del Art 26.3 de la LEM, es la posibilidad de prórroga voluntaria en el servicio activo, con la finalidad de evitar la desprotección de quien, alcanzada la edad de 65 años, le faltan seis o menos de años de cotización para poder causar pensión de jubilación. En este caso la prórroga dependerá de la necesidad del interesado. Al igual que el supuesto de la Disposición Transitoria séptima del EM

Supeditada a varios condicionantes: que lo solicite el interesado; como máximo hasta los 70 años; que reúna capacidad funcional; y que sea autorizada siempre que lo permitan las necesidades de la organización, articuladas en el marco de los PORH.

Pues bien, su aplicación originó un gran debate, relativo a si el Art 26.2 contemplaba un auténtico derecho a la prolongación, o solo era una mera facultad⁵, que no se resolvió claramente por el TS hasta 2012.

Así centrada la controversia, entre los factores que más han influido en su aplicación están los siguientes:

1. El notable impacto de la jubilación a los 65 años en las plantillas sanitarias. Sobre todo en grandes hospitales, puestos en funcionamiento con la expansión de la Seguridad Social a principios de la segunda mitad del siglo XX, y que a la entrada en vigor del EM reflejaban unas plantillas envejecidas, afectadas por exenciones de guardias médicas por edad, que requerían empleos complementarios para garantizar la atención sanitaria continuada⁶.

2. La descentralización de la gestión sanitaria en las Comunidades Autónomas, CCAA, que permitió una diferente interpretación y aplicación del 26.2 del EM, al encargar a los servicios de salud completar el marco jurídico, elaborando,

5 La cuestión principal a dilucidar como expone **SOSPEDRA NAVAS, FJ** en *“El Personal Estatutario”* era si se debía considerar la prolongación como un supuesto condicionado a las posibilidades organizativas, de tal manera que si no hay necesidades de organización que aconsejen que el puesto sea cubierto por personal distinto o amortizado la prolongación debía ser autorizada, o por el contrario si solo podía autorizarse cuando se diese un supuesto de hecho de necesidad organizativa del servicio de salud. Y si las necesidades de organización debían estar contempladas en el PORH. Procediendo aplicar parámetros de especial rigidez para el caso de considerarlo como ejercicio de un derecho del personal estatutario.

6 Véase como ejemplo el apartado 2.2 del “Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Cántabro de Salud”. En él se realiza un diagnóstico de la situación de las plantillas, identificando como problemática principal: *“No obstante desde una visión global de las características de edad del personal del Servicio podemos concluir que la edad de la plantilla es elevada y que a corto plazo se va a producir un envejecimiento importante de la misma. De hecho la situación, sobre todo en centros como el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, cuyo personal supone el 60,7% de la plantilla del SCS, se resume en un envejecimiento importante de la misma que incide, negativamente, en la actividad asistencial global”*.

negociando, y publicando los PORH; con capacidad de decisión por tanto de cómo, cuándo y de qué forma realizarlo. Así en CCAA como Cataluña y Cantabria,⁷ entre otras, se adoptó el criterio de aplicar la jubilación forzosa a los 65 años, evitando generalizar la autorización de prolongaciones. Criterio que no siguieron otras CCAA, sino hasta fechas muy recientes a medida que ha ido empeorando la situación de crisis. Diferencias que se reflejarían en la posterior valoración judicial⁸

3. La dificultad de elaborar el PORH, dadas las carencias de la planificación de recursos humanos en el SNS, que constituye una asignatura pendiente al igual que en el resto de la Función Pública⁹.

4. El contexto de declarada escasez (más bien desajuste entre oferta y demanda) de médicos, que el escenario de crisis ha revertido.

5. El generalizado interés del personal médico en la prolongación, a diferencia de otras categorías estatutarias más interesadas en reclamar la jubilación voluntaria anticipada¹⁰ incluso judicial-

mente.¹¹

6. El cambio de competencia jurisdiccional, del orden social al contencioso-administrativo, en los litigios del personal estatutario.¹² Y en el contencioso-administrativo, las cuestiones referidas a la tutela cautelar y órgano competente para conocer sobre la extinción de la relación estatutaria por jubilación. Lo que además de pronunciamientos diferentes, retrasó conocer el criterio del TS sobre el régimen jurídico de la prolongación.

7. La generalizada adopción, actualmente, por las CCAA que no lo habían hecho, de medidas para evitar la automática prolongación del servicio activo, una vez cumplida la edad legal de jubilación. Así como el retraso paulatino de la edad de jubilación hasta los 67 años en 2027, establecido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Por último, el personal estatutario, aunque con régimen especial, no deja de ser funcionario, y como tal afectado por el EBEP, en cuyo Art. 67.3 se reguló en 2007, de forma similar al EM, la jubilación forzosa a los 65 años. Con este régimen finalizaba la regla general de facilitar a los funcionarios la prórroga hasta los 70 años, que resultaba de la Ley 13/1996.¹³ Los desequilibrios ya apuntados para el personal estatutario, entre las distintas preferencias del personal, según nivel retributivo, por mantenerse en activo o por la jubilación anticipada, también son apreciables en el resto de la Función Pública. Así como la dinámica de incluir entre las medidas de la reciente legislación autonómica de contención del gasto público, la de limitar la prolongación en activo. Lo que sitúa el debate actual sobre jubilación forzosa por edad de funcionarios, en su idoneidad como medida de contención del gasto, y en su coherencia con la de retra-

7 En Cantabria el marco jurídico para la aplicación del Art 26.2 del EM está integrado, básicamente, por el “Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Cántabro de Salud”, anexo al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007, por el que se aprueba el adoptado en la Mesa Sectorial: “Acuerdo integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud” (BOC de 29 de enero de 2007). Modificado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 15 de diciembre de 2011, que aprueba el adoptado en la Mesa Sectorial modificando el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud en materia de prolongación en el servicio activo (BOC de 16 de diciembre de 2011). Y la Orden SAN/21/2011, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Orden SAN/9/2008, de 4 de abril, por la que se regula el procedimiento de autorización de la prolongación de la permanencia en servicio activo.

8 Así, por ejemplo, lo refleja la STSJ de Cataluña de 14-3-2012.

9 PALOMAR OLMEDA, A. en “Instrumentos organizativos de Recursos Humanos”, analiza la regulación de los Planes de ordenación de recursos humanos en el EBEP; así como sus precedentes -poco exitosos- Planes de Empleo, Planes Integrales de Recursos Humanos y Planes Operativos de Recursos Humanos, cuyos defectos técnicos, la falta de tradición y, sobre todo, la incapacidad de vincular las ofertas posteriores y el más mínimo nivel de gasto público, les hizo perder rápidamente uno de los atributos esenciales de la planificación: la proyección en el tiempo, convirtiéndose en instrumento residual y apenas utilizado.

10 Los diferentes tipos de jubilación en el ámbito del empleo público, son analizados por MARTÍNEZ BARROSO, M.R. en “La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso”.

11 El Art 26.4 EM, que regula la jubilación voluntaria anticipada, presenta una problemática singular sobre la que versan las SSTSJ de Castilla y León de 20 de enero de 2009, de Madrid de 18 de julio de 2008 y del TS de 13 de febrero de 2012, rec. 45/200945//2009.

12 Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 2005 y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005

13 El Art 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, modificó el artículo 33 de la Ley 30/1984, y, manteniendo la edad de jubilación forzosa a los 65 años, posibilitó como regla la prolongación voluntaria, en el servicio activo hasta los 70 años; con excepción de funcionarios con normas específicas de jubilación. El procedimiento se reguló por Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

sar la edad exigible para la pensión de jubilación¹⁴

1.2. El contexto comunitario

Como aprecia David Ordóñez Solís¹⁵ la integración de España en la Unión Europea, UE, ha tenido un efecto transformador en la legislación española.

Incluso en aquellos ámbitos que no era previsible que se vieses afectados, contribuyendo paradójicamente a su configuración, como el del empleo público. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado aplicables normas tuitivas del Derecho social a los empleados públicos. Y una de las materias es, precisamente, la jubilación forzosa por edad.

La principal norma a nivel comunitario, en tal materia, está constituida por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para igualdad de trato en el empleo y ocupación. La Directiva tiene por objeto luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por edad. Y se aplica tanto al sector público como al privado.

Su Art 6, relativo a cuando pueden estar justificadas las diferencias de trato por razón de edad, dice que: “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Como se verá, el que la jubilación forzosa por edad pueda favorecer las políticas de empleo, en particular las de reparto del empleo, y la sostenibilidad del sistema sanitario

público, constituye causa justificativa¹⁶.

Por otro lado no pueden obviarse, en esta breve reseña del contexto comunitario, los retos que los cambios demográficos, y el creciente envejecimiento de la población plantean a la UE. Da cuenta de ello la Comunicación de la Comisión, de 16 de marzo de 2005, denominada *Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»*, en la que se advierten los efectos que tendrá la jubilación de los nacidos en la época del «baby-boom. En la misma línea el Libro Blanco “*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*” de 16 de febrero de 2012, urge diseñar estrategias globales de adaptación¹⁷.

La UE no impone edades de jubilación, que son competencia de los Estados Miembros. Lo que propone, sobre todo, es limitar las jubilaciones anticipadas o prejubilaciones. Hay que tener en cuenta que la edad *efectiva* de jubilación se sitúa en 61,4 años, de promedio, en la UE (en España de 62,3). Alejadas por tanto de la edad *legal*, generalmente de 65 años. De ahí su retraso gradual en varios Estados, como en España hasta los 67 años.¹⁸

El verdadero reto de esta encrucijada demográfica europea es incrementar la tasa de empleo, favoreciendo la ocupación de los grupos que se encuentran *justo por debajo* de la edad normal de jubilación, para conseguir que ésta tenga una edad efectiva más avanzada. Acercar la edad real de jubilación a la edad legal¹⁹. En coherencia con el objetivo de la estrategia

14 Este es el planteamiento presentado por **HERRAIZ MARTINEZ, M.S.** en “*El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social?*”

15 **ORDÓÑEZ SOLÍS, D.** en “*Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea*”, comenta el interesante efecto homogeneizador que ha tenido la jurisprudencia europea en el estatuto de todos los tipos de empleados públicos. De tal modo que se corrobora – con cita de **PALOMAR OLMEDA, A.**– el proceso laboralizador que afecta al sector público, al que también ha contribuido el paso de los asuntos de personal estatutario de la jurisdicción social a la contencioso-administrativa. El mismo autor reflexiona sobre el papel del TC y del TS, de los que la jurisprudencia europea reclama una mayor implicación, de tal modo que “*no será extraño que los tribunales de apelación y de instancia traten de buscar soluciones razonables y claras y, sorprendentemente, las reclamen al Tribunal con sede en Luxemburgo*”

16 La obligación de verificar la existencia de los elementos concretos, sin ambigüedades, vinculados a políticas de empleo, mercado de trabajo y/o formación profesional, exigidos por la Directiva, es defendida por **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.** y **MEGINO FERNÁNDEZ, D.** en “*Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad*”.

17 La atención a los retos del envejecimiento en la UE ha llevado a declarar el 2012 como Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional.

18 Cuestión que genera no pocos debates y contradicciones. Así, por ejemplo, las diferentes decisiones en Francia sobre la jubilación a los 60 años. O la huelga de médicos anunciada en Reino Unido, para el 21 de junio de 2012, en protesta por el retraso de la edad de jubilación de los 65 a los 68 años.

19 **LÓPEZ CUMBRE, L.** en “*El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible*”, expone como en todos los países de la UE sorprende la contradicción entre la norma y la realidad social en materia de jubilación. La norma establece una edad, la realidad social impone otra distinta, con frecuencia inferior de retirada del mercado de trabajo. Y es en este contexto en el que se enmarcan la pretensión comunitaria y las distintas reformas nacionales que incentivan la prolongación de la vida laboral activa. Medida que servirá para aliviar de

de empleo: “La meta principal de la UE...es alcanzar un índice de ocupación de mujeres y hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años del 75 % para 2020”.²⁰

El Libro Blanco incorpora, en todo caso, una orientación conciliadora entre generaciones, señalando que el aumento de la edad efectiva de jubilación debe tratar de encontrar el equilibrio adecuado de intereses entre jóvenes y mayores²¹

2. LA RESPUESTA JUDICIAL

Una vez descrito el contexto de aplicación e interpretación del Art 26.2 del EM, se analiza a continuación la interpretación derivada de la revisión judicial.

2.1. Criterio de los Tribunales Superiores de Justicia

La respuesta judicial ha dependido, en gran parte, de las diferentes opciones seguidas por las CCAA en la aplicación del precepto.

En primer lugar deben citarse los casos del Instituto Catalán de la Salud, ICS, ejemplo destacado de los avatares sufridos en el dilatado trayecto judicial. El ICS fue pionero en poner en marcha el Art 26.2, generalizando la jubilación a los 65 años y descartando como regla las prolongaciones. Lo que dio lugar a un peregrinaje jurisdiccional que, para algunos casos, sigue sin concluir hoy en día. Situación condicionada no solo por las peculiaridades de una cuestionada planificación de recursos, sino también por el inicial conocimiento del asunto por la Jurisdicción social. Sirva como ejemplo la STSJ de Cataluña, de 24 de enero de 2012, que se pronuncia sobre un caso de

mayo de 2004.

El TSJ de Cataluña en numerosas sentencias ha estimando las demandas de los facultativos, argumentando que la jubilación a los 65 años no es automática si hay una solicitud de prórroga. Considera que el artículo 26.2 del EM prevé un derecho a la prórroga del servicio activo, no absoluto, que habrá de depender de las necesidades asistenciales, en el marco de un PORH válido; esto es aprobado por el órgano competente y publicado, puesto que puede condicionar el fin de la relación estatutaria. Se apoya este Tribunal en que las recientes modificaciones en el ámbito de la Función Pública²² habían establecido la jubilación forzosa a los 65 años pero generalizando la prolongación voluntaria hasta los 70 años. Llamando la atención sobre el diferente modo en que se aplica el 26.2 del EM en las CCAA, pese a estar ante una Ley de carácter básico²³.

En las sentencias más recientes²⁴ incorpora, además, la interpretación dada al Art. 26.2 del EM en las Sentencias del TS de 10 de marzo de 2010, dictada en un recurso de casación en interés de la ley, y de 16 de febrero de 2011, que confirmó la anulación de un PORH. En su base expone que el Art 26.2 no faculta a la Administración para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación. Concluye que la prolongación es un derecho subjetivo del funcionario, condicionado a que las necesidades organizativas hagan posible su ejercicio; recayendo sobre la Administración la carga de justificar tales necesidades.

Pero si hay un dato que resaltar de los casos del ICS es que los PORH, tanto de 2004 como de 2008, fueron declarados inexistentes o nulos, lo que indudablemente ha venido marcando el signo de los fallos judiciales. Así el TSJ de Cataluña en su sentencia 524/2008²⁵, de 7 de julio de 2008, RA nº 341/2007,

algunas cargas a los denostados, económica y financieramente, sistemas públicos de protección social.

²⁰ El aumento de la población activa, el de la productividad, y la incorporación de la mujer al mercado laboral, junto a la reducción del recurso por las empresas a la fórmula de las prejubilaciones, han sido identificados como elementos clave para la expansión del Estado del Bienestar y sus sistemas de protección social, por el profesor VICENÇ NAVARRO en la conferencia “La crisis financiera y económica y su impacto en los sistemas de protección social”, impartida el 27 de agosto de 2009 en la UIMP, Santander, dentro del Seminario “Europa ante la crisis. Perspectivas de la Presidencia española en la UE”. <http://www.vnavarro.org>

²¹ La UE se ha ocupado también de los retos que los cambios demográficos suponen para los profesionales sanitarios en el “Libro Verde sobre el Personal Sanitario Europeo”, COM (2008) 725 final, de 10 de diciembre de 2000

²² Cita el Art. 33 de la Ley 30/1984, Art. 107 de la Ley 13/1996 y Art. 67.3 de la Ley 7/2007

²³ Con mención expresa de Instrucciones de la Región de Murcia, y de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León: “Podemos ver, pues, que en dicha Comunidad Autónoma, el derecho que aquí se cuestiona se ha calificado como un derecho subjetivo del personal facultativo funcionario (al que se le asimila el personal estatutario, por aplicación del EBEP) sin mayor condicionante que la capacidad funcional.” (STJ Cataluña de 14 de marzo de 2012, Recurso nº 514/2009).

²⁴ Sentencia, entre otras, de 13 de marzo de 2012, Recurso nº 2519/2008

²⁵ Decisión corroborada por el TS: “En la sentencia de 28 de febrero de 2011, rec. 5002/2008, cuyo objeto era precisamente verificar la existencia del Plan de Ordenación de

declara que el “Plan no es ni puede ser cualquier texto donde se incide e incluso regule el servicio sanitario, sino aquel que cumple los requisitos del artículo 13 del Estatuto Marco... Por lo tanto, la existencia del Plan de Ordenación de Recursos humanos y no de cualquier otro texto, es preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de la organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación hasta alcanzar los 70 años... Por lo tanto, la elaboración, aprobación y publicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, es obligatoria a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada, en los términos expuestos anteriormente, pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente”. Reparando que el Plan no puede sesgar de entrada y hacia futuro, a modo de barrera infranqueable, toda posible prolongación del servicio activo²⁶ pues no lo permite la motivación exigida por el Art. 67.3 EBEP.

En definitiva los fallos del TSJ de Cataluña han venido determinados por la declarada inexistencia y nulidad de los Planes, y consecuente consideración de los actos recurridos como inmotivados, declarando el derecho de los facultativos a la prolongación del servicio activo²⁷.

En esta misma línea estimatoria de recursos formulados por facultativos, cuando no existe PORH, se han pronunciado otros Tribunales, como el de Canarias,²⁸ o el de Islas Baleares que, en sentencia

de 29 de marzo de 2012 recuerda que, en su ámbito, tanto el Plan de 2009 como el de 2010 fueron anulados, por lo que, con base a la STS de 10 de marzo de 2010, concluye en declarar el derecho del recurrente a continuar en el servicio activo, hasta cumplir los 70 años de edad, salvo que un nuevo Plan posterior al anulado así lo impidiera. El TSJ de Castilla y León, apoyándose también en la citada STS 10 de marzo de 2010, incluso consideró que “el derecho a la prolongación de la edad de jubilación es un derecho perfecto y que la denegación del mismo ha de efectuarse por la Administración en base a la existencia de causas organizativas, que realmente han de concurrir y pueden ser objeto de fiscalización jurisdiccional, sin que pueda entenderse que existe una suerte de habilitación discrecional a la Administración para su denegación” (sentencia de 4 de abril de 2011).

Distintos han sido los pronunciamientos de los TSJ que, en atención a los criterios del PORH, han considerado válida la declaración de jubilación forzosa a los 65 años y denegación de la prolongación. Así, el TSJ de La Rioja señala que el plan de ordenación de recursos humanos se erige en instrumento definidor, a estos efectos, de las necesidades de la organización sanitaria.²⁹ Rechazando que la jubilación forzosa vulnere el derecho al trabajo del Art. 35 de la Constitución, siguiendo la doctrina del TC en sentencias 22/1981³⁰ y 178/1989³¹, entre otras, que admiten

Recursos Humanos, hemos confirmado el pronunciamiento de la Sala de instancia en cuanto negaba que el Plan de Ordenación de Recursos Humanos hubiera sido aprobado y publicado debidamente.” (STS 16 de Junio de 2011, RC .6149/2010). Respecto al Plan de 2008 el propio TSJ de Cataluña resume sus pronunciamientos al respecto en la STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2012.

26 STSJ de Cataluña nº 2637/2012, de 14 de marzo de 2012, RA 514/2009

27 Actualmente la Ley Catalana 5/2012, de 20 de marzo, contempla así la prolongación en el servicio activo hasta los setenta años de edad “excepcionalmente, por necesidades asistenciales, mediante una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud que atienden a motivaciones específicas de necesidad asistencial al territorio o por el prestigio profesional de la persona interesada. En ningún caso se puede prolongar la situación administrativa de servicio activo sin autorización previa mediante una resolución expresa y motivada”.

28 Sentencias, entre otras, de 23 de enero de 2009, recurso nº 231/2008, de 3 de octubre de 2008, recurso nº 56/2008 y la más reciente de 7 de abril de 2011, recurso nº 109/2010 que con cita expresa de la motivación contenida en la del TS de 10 de marzo de 2010, dictada en el RC en interés de Ley interpuesto por el ICS, señala que: “La Administración demandada no ha confeccionado un plan de ordenación de

recursos humanos, incumpliendo una vez mas el presupuesto legal para denegar motivadamente - por remisión a tal plan- la prolongación de la vida laboral que prevé la norma. Por ello su acto resulta inmotivado.”

29 Sentencia 1/2007, de 17 de enero de 2007, en la que se indica que conforme el Plan - negociado, con acuerdo, en la Mesa Sectorial y aprobado por Resolución del Gerente - aplicar la edad de jubilación a los 65 años, en todas las categorías, es “perfectamente asumible y compatible con la garantía de las necesidades asistenciales y organizativas de los centros e instituciones del Servicio Riojano de Salud, no existiendo ninguna evidencia que demuestre la necesidad de prolongar la permanencia en el servicio activo a los profesionales que voluntariamente lo solicitasen según se plantea al final del punto 2 del artículo 26 ya citado. Por tanto no es necesario autorizar la continuidad en la prestación de los servicios, en ninguna categoría, de los profesionales que han cumplido los 65 años de edad”.

30 La STC nº 22/1981, de 2 de julio, decidió la inconstitucional de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, interpretada como norma aislada que establecía la incapacitación para trabajar a los 69 años, y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral, desligada de una política de empleo que utilice como instrumento la jubilación forzosa.

31 La STC nº 178/1989, de 2 noviembre, desestimó el Recurso contra la Ley 53/1984, de 26-12-1984, de Incompatibilidades, señalando que no debe confundirse lo que pueden ser, en sentido estricto, derechos «consolidados» con «expectativas» puras y simples a que una situación legalmente

el establecimiento legal de la jubilación forzosa por exigencias razonables del interés general.

El PORH, su existencia o no, así como los criterios que contiene en orden a aplicar el Art 26.2 del EM, se han convertido por tanto en los puntos clave de la revisión judicial. Considerándose válidos en CCAA como Asturias o Cantabria. Así se aprecia, por ejemplo, en la sentencia n^o 996/2011, de 13 de octubre del TSJ de Asturias, al resolver un recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos contra el Plan, declarando su conformidad a derecho, y destacando su declarada pretensión de fomentar el equilibrio y renovación de las plantillas³². De tal modo que en su proyección a los casos individuales sirve al Tribunal³³ para desestimar la demanda con el argumento de que *“Ninguna causa excepcional que se haya demostrado concurre en el recurrente que permita su continuación en servicio activo, pues las necesidades de la organización sanitaria reflejadas en el estudio que se contiene en los Anexos del citado Plan, a efectos de ofrecer una planificación global del personal, teniendo en cuenta la estructura etárea de la población de Asturias y su proyección hasta el año 2017...no precisan de su participación activa en el sistema público de salud, de donde se deriva la consecuencia de su jubilación forzosa sin una particular motivación, al no ser posible justificar de manera particularizada una prolongación en el servicio activo más allá de los 65 años de edad que no resulta necesaria y que constituiría una excepción a la previsión general de jubilación forzosa de la legislación básica”*.

Pero si debe resaltarse una posición argumental ampliamente fundamentada, es la mantenida por el

determinada, pero de alcance general, para funcionarios, no pueda alterarse por el legislador en función de nuevos criterios.

32 La sentencia significa que el Plan del Principado de Asturias señala como única excepción la prolongación voluntaria de permanencia en servicio activo, en aquellos supuestos en que el Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas, pudiendo prorrogar la actividad laboral de quienes se encuentren en estos supuestos, exclusivamente, hasta que se pudiera cubrir la plaza con garantía. No obstante se señala que *“será en cada caso concreto donde habrá de valorarse si la denegación de la prolongación voluntaria de permanencia en servicio activo no ha sido apoyada en las concretas necesidades de la organización sanitaria”*. La validez de los criterios del Plan son igualmente compartidos, entre otras, en las sentencias núms. 1110/2011 de 9 noviembre y 36/2012 de 30 enero, del TSJ de Asturias.

33 Sentencia del TSJ de Asturias n^o 574/2012, de 14 de mayo de 2012.

TSJ de Cantabria, que en definitiva ha inducido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Son numerosas las sentencias del Tribunal de Cantabria desestimando los recursos presentados contra las resoluciones de jubilación, denegaciones de la prolongación, contra el Acuerdo que aprobó el PORH y contra la Orden de procedimiento³⁴. Entre otras, las iniciales sentencias n^o 235/2010³⁵ de 2 marzo, n^o 929/2010 de 30 de diciembre de 2010, hasta las más recientes n^o 8/2011, de 11 de enero, y la n^o 417/2012 de 21 de mayo de 2012. En ellas se valora positivamente, confirmando la conformidad a derecho, la actuación seguida por la Administración para aplicar el Art 26.2 del EM. Sobre todo la motivación *“pues se incluyen, pormenorizan y explican las razones de la no autorización relativa a la prolongación de permanencia, partiendo de que asume la capacidad funcional del interesado...En atención a ello se concluye que se dispone de profesionales de la categoría para la cobertura de plazas que van a quedar vacantes por próxima jubilación”*. Motivación que justifica que no se autorice la prolongación, que como excepción contempla el Art 26.2 del EM, al no darse el presupuesto habilitante, esto es las concretas necesidades asistenciales, tal y como están definidas en el PORH. Conclusión que también apoya en la jurisprudencia nacional, comunitaria, y doctrina del TC sobre inexistencia para el funcionario de un derecho subjetivo a una edad de jubilación (STC de 11 de ju-

34 Ver nota 7

35 Una de las primeras sentencias del TSJ de Cantabria, sobre la controversia del Art 26.2 EM, fue la n^o 235/2010, de 2 de marzo, en la que el TSJ expresó el criterio mantenido hasta ahora. El demandante curiosamente era funcionario de carrera, pero prestaba servicios integrado - no estatutizado - en el Servicio Cántabro de Salud. La sentencia concluye que la norma aplicable, directamente y sin necesidad de desarrollo autonómico, es el Art 67.3 del EBEP, que exige motivar la denegación de la prolongación. Para valorar la motivación realiza un detenido análisis del marco normativo que posibilita la prolongación en el personal estatutario, y del PORH, del que señala *“...se adecua en su contenido a los requisitos objetivos exigidos por el Estatuto Marco...el Plan de Recursos Humanos ha definido lo que debe entenderse por “necesidad asistencial”, de tal forma que en su apartado f) establece que en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 26.2 del Estatuto Marco se autorizará excepcionalmente y por el período de un año la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir los setenta años de edad, entendiéndose por “necesidad asistencial” “la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante. Las autorizaciones de prolongación de permanencia en el servicio activo así concedidas serán revisadas al año de su concesión y renovadas por un año si subsisten las circunstancias que dieron lugar a su concesión. La Sala entiende correcto que sean las necesidades asistenciales la motivación sobre la que debe descansar la autorización o denegación de la prórroga así como el criterio objetivo para definir lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” que el plan de recursos humanos ofrece...”*.

nio de 1987³⁶, 108/86 y 70/88 entre otras).

Los elementos clave para considerar el PORH del SCS³⁷ como instrumento válido, han sido su incuestionada existencia, su negociación³⁸, y la objetivización del criterio decisor de la prolongación. Así el Plan concreta lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” (*la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante, en la versión enjuiciada del Plan de 2007*), lo que es apropiado, ya que son esas - y no otras - “necesidades asistenciales”, definidas con criterio objetivo, las que deciden la prórroga. Objetivización³⁹ del criterio que dota de mayor legitimidad las decisiones de autorización o denegación.

2.2. Criterio del Tribunal Supremo

Las dos tendencias autonómicas, de signo diverso, que se han venido comentado en definitiva fueron objeto de valoración por el Tribunal Supremo. Cronológicamente los primeros asuntos sobre los que se pronunció fueron los procedentes de Cataluña, dictando la ya mencionada sentencia de 10 de marzo de 2010, en el RC en interés de la ley nº 18/2008. El ICS solicitaba se fijase como doctrina legal, resumidamente, la siguiente: 1) *La denegación de la solicitud de prórroga en el servicio activo prevista en el Art 26.2 de la Ley 55/2003 no requiere la existencia de*

un PORH, solo exigible para excepcionar el mandato legal de jubilar forzosamente a los 65 años. 2) La introducción en el PORH de medidas para conseguir la estructura de RRHH adecuada tiene carácter potestativo. 3) La publicación de un edicto en el diario oficial y en la WEB del ICS, poniendo a disposición el PORH cumple los requisitos legales de publicación y notificación.

La respuesta del TS, rechazando las razones esgrimidas por el ICS, es que en una interpretación literal y sistemática del precepto, la prolongación es un derecho subjetivo, pero no absoluto, sino condicionado a que las necesidades organizativas hagan posible su ejercicio, correspondiendo a la Administración justificar esas necesidades para la concesión o denegación. Y que sólo podría considerarse válida la denegación cuando sea motivada, en las necesidades recogidas en un PORH previamente aprobado.

El supuesto reconocimiento del derecho a la prolongación que quiso deducirse de tal interpretación, fue objeto de aclaración por el propio TS en las reiteradas sentencias dictadas, desde febrero de 2012, confirmando, el criterio del TSJ de Cantabria, al conocer los asuntos del SCS. Entre otras muchas pueden citarse las sentencias del TS de 15 de febrero (RC 1234/2011 y 2119/2011), de 9 de marzo (RC 1578/2011), de 27 de marzo (RC 2473/2011), de 29 de marzo (RC 4297/2011) y de 26 de abril (RC 2116/2011), todas ellas de 2012.

En ellas se aclara que el pretendido derecho a la prolongación hasta los 70 años no se establece como tal en el Art. 26.2 LEM, sino que se trata solo de una mera facultad, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración, que ha de ejercer motivadamente, en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los PORH. Sin que tal interpretación contradiga la de la Sentencia de 10 marzo de 2010, en la que no puede verse el reconocimiento inequívoco de que el Art. 26.2 consagra un auténtico derecho: “*Es ahí, en esa transformación en autentico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde consideramos que se incurre en la exageración del planteamiento*”. Resaltando las diferencias entre los casos del ICS y del SCS, puesto que en éste existe un Plan, en el que se definen las necesidades asistenciales, y la motivación de la denegación se ha atendido a la previsión del mismo.

36 La STC nº 99 de 11 de junio de 1987, resuelve un recurso contra la Ley 30/1984: “...no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador; en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública” y que “es cierto -así se dijo en SSTC 10/1983 y 32/1985- que el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas implica el de mantenerse en ellos, pero también lo es que, en cuanto se desempeñan por funcionarios públicos, ha de hacerse de acuerdo con la ley que, entre otros elementos de la relación funcional, puede variar; como antes se ha dicho, la edad de término en la prestación de los servicios, sin que ello lesione el contenido esencial del derecho al trabajo (35.1), ni del derecho al acceso y mantenimiento en la función pública del Art. 23.2 C.E.”

37 Publicado en el Boletín Oficial de Cantabria de 29-1-2007 y de 16-12-2011.

38 El Plan del SCS está suscrito, previa negociación, por Sindicatos de la Mesa de Negociación

39 La planificación pública de recursos humanos se ha señalado por **Alberto Palomar Olmeda**, como elemento central en la gestión de los recursos humanos. Observando que los PORH, además de su carácter de elemento esencial de gestión pública, tienen otro importante efecto: la objetivación de las decisiones en el marco del empleo público.

2.3. Jurisprudencia comunitaria

La fundamentación de las sentencias del TSJ de Cantabria, confirmadas por el TS, toman en consideración la interpretación dada por el TJUE al principio general del Derecho de la Unión de no discriminación razón de edad,⁴⁰ derivado de la Directiva 2000/78/CE.

La afectación de tal principio en un supuesto de jubilación forzosa, fue abordada en la STJCE, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05 “*Palacios de la Villa*”⁴¹. En ella se analizó una norma que permitía la extinción del contrato de trabajo por cumplir la edad de jubilación. El TJUE razona que la Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa como la citada siempre que: 1) dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y 2) los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios.

Añadiendo que la indeterminación, en la norma de que se trate, del objetivo que pretende alcanzar la medida (jubilación forzosa por edad) obliga a indagar los elementos del contexto general, para identificar el objetivo subyacente, a fin de controlar la legitimidad, idoneidad y necesidad de la medida.

Además de la justificación por finalidades legítimas de la política de empleo, el TSJUE ha considerado válidas las relacionadas con la sostenibilidad del sistema público sanitario, en sentencia de 12 de enero de 2010⁴², asunto C-341/08 “*Petersen*”, re-

lativo a una medida que limitaba la actividad de un profesional sanitario por edad. El TJUE concluye que «la disposición por la que se mantiene el límite de edad, en la medida en que está dirigida a prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social con el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud, ... es compatible con... la Directiva». Igualmente se justifica para conseguir el objetivo de repartir entre las generaciones de profesionales sanitarios las posibilidades de empleo⁴³. Por el contrario, si lo que se persigue con la medida es la protección de la salud de los pacientes, desde el punto de vista de la competencia de los médicos y dentistas, la medida presentaría incoherencias al no afectar a su ejercicio privado o no concertado.⁴⁴

Esta interpretación fue reiterada en la STJUE, de 18 Noviembre de 2010, asunto C-250/2009 “*Georgiev*”,⁴⁵ referida a la jubilación forzosa por

aumento constante del número de médicos concertados, parece necesario limitar su número. No puede controlarse el exceso de oferta únicamente mediante limitaciones de la habilitación y, por lo tanto, en perjuicio de la joven generación de médicos. A estos efectos, también es necesario establecer un límite de edad obligatorio para los médicos concertados”.

43 Argumentando: «una medida adoptada para favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de la profesión de dentista en el régimen de concierto puede considerarse una medida de política de empleo». Pues ante una situación en la que exista un número excedentario de profesionales, o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado puede establecer un límite de edad para facilitar el acceso al trabajo de profesionales más jóvenes.

44 De tal modo que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertado.

45 El TJUE al resolver este supuesto de catedráticos, expresamente se remite a la valoración efectuada en el caso de profesionales sanitarios (“*Petersen*”): “*Estas apreciaciones también son pertinentes por lo que respecta al ejercicio de una actividad como la de catedrático universitario. Al ser, por lo general, limitado el número de plazas de catedrático universitario y al estar reservadas a quienes hayan alcanzado las mejores calificaciones en el ámbito correspondiente, y dado que para contratar a un catedrático debe existir una vacante, procede considerar que un Estado miembro puede estimar apropiado fijar un límite de edad para alcanzar unos objetivos de política de empleo como los mencionados en los apartados 45 y 46 de la presente sentencia. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar, habida cuenta de las objeciones presentadas por el Sr. Georgiev y recordadas en el apartado 47 de la presente sentencia, si la situación de los catedráticos universitarios en Bulgaria se corresponde con la situación general de los catedráticos universitarios descrita en el apartado anterior*”

40 Consideración reconocida en la Sentencia del TJUE, de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07 “*Kücükdeveci*”.

41 El asunto C-411/05, tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por un JS de Madrid, en un caso de extinción automática de la relación laboral, al cumplir la edad de jubilación forzosa establecida en convenio colectivo. Se cuestionaba la conformidad con el Derecho comunitario del párrafo primero de la disposición transitoria única de Ley 14/2005, al no exigir explícitamente un vínculo concreto entre la jubilación y un objetivo legítimo en materia de política de empleo. Si bien del análisis del contexto se deducía que tenía por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo.

42 El asunto “*Petersen*” tuvo por objeto una cuestión prejudicial, planteada por un Tribunal Alemán, en un pleito contra la denegación de la habilitación para el ejercicio de la profesión de dentista concertada más allá de los 68 años de edad. El origen legal de la limitación por edad se hallaba en una Ley de 1993, cuya exposición de motivos decía: «La evolución del número de médicos concertados es una de las causas esenciales del aumento excesivo de los gastos del régimen legal del seguro de enfermedad. Habida cuenta del

edad de catedráticos de Universidad. Respondiendo que la medida no es discriminatoria cuando se garantiza el acceso a una pensión y se busca facilitar el acceso a las cátedras de docentes más jóvenes. El objetivo es pues legítimo al estar vinculado a la política de empleo, de reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones.

Un pequeño apunte desde la perspectiva de género. El que el TJUE haya considerado no discriminatoria, por razón de edad, la medida de jubilación forzosa, en el marco de los fines legítimos de la política de empleo o la sostenibilidad del sistema sanitario, no autoriza a adoptar la misma con diferencias de trato por razón del sexo. Así lo avala la STJUE de 18 Nov. 2010, asunto C-356/2009 “*Kleist*”⁴⁶

Más recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre un caso de jubilación forzosa por edad de funcionarios - en este caso fiscales - en el asunto resuelto por STJUE de 21 de julio de 2011, C-159/2010 “*Fuchs y Köhler*”.⁴⁷ De las más de veinte cuestiones prejudiciales planteadas se destacan las relativas a la adecuación al Derecho de la Unión de la medida de establecer la jubilación forzosa por edad para funcionarios. La de si el interés por ahorrar recursos presupuestarios y gastos de personal constituye una finalidad legítima en la Directiva antidiscriminación. Y las relativas a la coherencia de la medida con poner límites a la jubilación anticipada, dificultar la prolongación en activo, y retrasar la edad para causar derecho a la pensión de jubilación.

De las respuestas dadas por el TJUE a estas cuestiones puede concluirse que la extinción de la rela-

ción funcional, por cumplir una edad de jubilación forzosa constituye una diferencia de trato que debe justificarse en un objetivo legítimo. El Derecho de la Unión no impide a los Estados miembros tener en cuenta consideraciones presupuestarias, junto a otras de carácter político, social o demográfico, siempre y cuando respeten el principio de no discriminación por razón de la edad. Establecer una estructura de edades equilibrada entre funcionarios jóvenes y de más edad, con el fin de favorecer el empleo y la promoción, optimizar la gestión del personal, así como evitar litigios relativos a la aptitud del empleado, al tiempo que ofrecer un servicio de calidad, puede constituir un objetivo legítimo de la política de empleo y del mercado de trabajo. El Tribunal, por último, no advierte fallos de coherencia -en este caso- pues el objetivo exige planificar las jubilaciones a los 65 años, y que las excepciones sean limitadas.⁴⁸

En definitiva el TJUE se ha ratificado, una vez más, en la validez de los objetivos de la política de empleo, como causa justificativa de la diferencia de trato para la jubilación forzosa por razón de edad.

3. CONCLUSIONES

1ª El Art 26.2 EM no consagra un auténtico derecho a la prolongación en el servicio activo hasta los 70 años. Constituye una facultad.

2ª La autorización o denegación de la prolongación debe motivarse, en las necesidades de la organización, articuladas en el marco de los PORH, aprobados y publicados previa negociación.

3ª La objetivización en el Plan del criterio que motive la autorización o denegación de la prolongación, legitima las decisiones, evita instrumentalizaciones subjetivas, y facilita su control administrativo y judicial

4ª La diferencia de trato por razón de edad, está justificada cuando atiende un objetivo legítimo, cual es la política de empleo y la sostenibilidad del sistema sanitario público.

⁴⁶ La Sra. Kleist, médica jefe en un organismo de pensiones de jubilación en Austria, que deseaba continuar en activo, impugnó su despido al ser jubilada forzosamente a los 60 años. La edad de cese de los hombres era la de 65 años. El organismo demandado trató de justificar la diferencia de trato invocando el objetivo de promoción del empleo de los más jóvenes. El TJUE contestó que constituye una discriminación prohibida por razón de sexo una normativa, y medida, como la citada, al infringir la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE. Rechazando expresamente su admisibilidad como medida de política de reparto de empleo

⁴⁷ Hay que destacar, entre los antecedentes de este caso, que una Ley federal alemana de 2009, establece que los funcionarios se jubilarán al alcanzar el límite de edad, que se concretaba por los Länder. Tal previsión motivó la jubilación forzosa, a los 65 años, de los fiscales recurrentes en el Land Hessen. A escala federal se preveía un aumento progresivo de la edad de jubilación hasta los 67 años. El análisis de esta sentencia se aborda por **CASTELLANO BURGUILLO, E.** en “*Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad*”.

⁴⁸ El TJUE estimó los argumentos del demandado, consistente en que el número de puestos en la función pública es limitado, especialmente en los grados más elevados. Y que frente a las exigencias presupuestarias, la posibilidad de crear nuevos puestos está restringida. De modo que la fijación de una edad obligatoria para la jubilación constituye el único medio de repartir el empleo de manera equitativa entre las generaciones.

5^a La medida de la jubilación forzosa por edad puede contribuir a preservar el equilibrio financiero del SNS y a un mayor reparto del empleo de calidad entre los profesionales.

6^a Cuando la medida no explicita su objetivo, debe buscarse en los datos del contexto. Entre ellos en el contenido del plan, los que afectan a la sostenibilidad financiera del sistema sanitario, así como en los condicionantes de dedicación de los puestos que integran las plantillas sanitarias. Y también en los relativos al derecho de acceso al empleo, de calidad, y a una carrera profesional de otros profesionales. Lo que no debe obstar, claro está, a la ineludible atención a la solidaridad intergeneracional, para garantizar la debida atención a los profesionales jubilados.

7^a La medida consistente en evitar prolongaciones de servicio activo, debe considerarse de preferente aplicación frente a otras más traumáticas para el empleo, en un contexto de crisis como el actual, que exige una especial sensibilidad para con los desempleados, la sostenibilidad del SNS, y el objetivo de la UE de incrementar la tasa de empleo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CASTELLANO BURGUILLO, E. “*Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad*” Aranzadi Social paraf. 55/2011 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y MEGINO FERNÁNDEZ, D. “*Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad*”. Aranzadi Social paraf. 12/2009 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. “*La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa*”. Actualidad Laboral, N° 10, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 May. 2006, Pág. 1148, tomo 1, Editorial LA LEY
- HERRAIZ MARTINEZ, M.S. “*El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social?*”. Diario La Ley, N° 7426, Sección Doctrina, 17 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-200, La Ley 3476/2010
- LÓPEZ CUMBRE, L. “*El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración - Núm. 37, Septiembre 2002. Págs. 15-35
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R. “*La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso*”. Aranzadi Social num. 13/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “*Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea*”. Actualidad Administrativa, N° 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de Feb. 2012. Pág 272, tomo 1, Editorial LA LEY.
- PALOMAR OLMEDA, A. “*Instrumentos organizativos de Recursos Humanos*”. En “*Empleo Público: categorías de los empleados públicos y los problemas que suscitan*”. Cuadernos Digitales de Formación n° 28 (2009). CENDOJ. Y “*Manual del empleo público (Diciembre 2001)*”. Editorial vLex, 2004
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. “*El Personal Estatutario*” en “*Empleo Público: categorías de los empleados públicos y los problemas que suscitan*”. Cuadernos Digitales de Formación n° 28 (2009). CENDOJ.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M “*La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa*”. Actualidad Laboral, N° 10, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 May. 2006, Pág. 1148, tomo 1, LA LEY 1102/2006
- VICENÇ NAVARRO “*La crisis financiera y económica y su impacto en los sistemas de protección social*”. 27 de agosto de 2009. UIMP. Seminario “Europa ante la crisis. Perspectivas de la Presidencia española en la UE”. <http://www.vnavarro.org>