

13. PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

JUAN ROMERO CORONADO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. EL MARCO HETEROGÉNEO DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La protección de la discapacidad de los funcionarios públicos dentro del sistema de Seguridad Social se caracteriza por las grandes diferencias que presenta con respecto al régimen jurídico previsto para el resto de regímenes de la Seguridad Social. No obstante esta afirmación sólo se puede sostener en parte dado que la enorme diversidad subjetiva que presenta la protección de la discapacidad en este sector hace que una parte de los funcionarios sí se rijan por las mismas reglas establecidas por el Régimen General de la Seguridad Social.

Estas diferencias se derivan también de la inclusión de determinados funcionarios en el Régimen de mutualismo administrativo o en el Sistema de Clases Pasivas o en ambos, y de que dentro de los regímenes mutualistas también existen reglas diferenciadas para hacer frente al riesgo de la discapacidad. Se sigue perpetuando de esta forma la heterogeneidad subjetiva, tanto interna como externa¹, a la hora de proteger la discapacidad dentro del Sistema de la Seguridad Social de los empleados públicos frente a otros intentos de homogeneización que, por lo menos de forma interna, se han intentado en el ámbito laboral, como ocurrió con el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007.

Esta diversidad subjetiva se manifiesta en una cobertura diferenciada de la discapacidad en función del tipo de empleados públicos del que se trate. Los funcionarios de las Comunidades Autónomas, Administración Local y Universidades, además de algunos del Estado, en concreto los de Seguridad Social, junto con los laborales están cubiertos por el Régimen General de la Seguridad Social. En otro bloque están los cubiertos por el Mutualismo administrativo que son los funcionarios de la Administración Civil del Estado, docentes, policía nacional que se integran en la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado², los funcionarios de la Administración de Justicia que se integran en la Mutualidad General Judicial³ y los militares y Guardias Civiles que se integran en el Instituto Social de las Fuerzas Armadas⁴.

Además de la diferente protección de la discapacidad en función de la tipología funcional también dentro de los funcionarios integrados dentro de estos tres regímenes especiales se produce otra

¹ En algunos casos esta diversidad protectora interna se incrementa porque además existen diferencias hasta dentro de los mismos regímenes. Este es el caso entre militares temporales y militares con vínculo permanente, si bien el RD 71/2019, de 15 de febrero ha intentado una aproximación al Régimen General. Después de esta norma el elemento diferenciador es que la pensión extraordinaria por acto de servicio, se limita a los supuestos de IPA, pensiones de retiro por inutilidad del art. 6 RD 71/2019. Sobre esta situación dispar de la protección de la discapacidad anterior a 2019, ver, MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *Revista de Historia Militar, Escuela Militar de Estudios Jurídicos*, núm. 105, 2016, pág. 49.

² En adelante MUFACE.

³ En adelante MUGEJU.

⁴ En adelante ISFAS.

bifurcación protectora en función de que se trate de riesgos en activo o riesgos pasivos. En el primer caso el marco de protección es el llamado mutualismo administrativo que cubre las contingencias de Gran Invalidez; Lesiones Permanentes no invalidantes e Incapacidad Permanente⁵ Parcial. Cuando estos tres tipos de funcionarios dejan de estar en activo comparten un Sistema, el de Clases Pasivas que para hacer frente a situaciones de discapacidad incluye un conjunto de prestaciones de retiro por incapacidad, tanto de forma ordinaria como extraordinaria.

En consecuencia la particularidad más significativa de la protección social de la discapacidad de los funcionarios que se deriva de ello es el estar dotado de un doble mecanismo protector. Por un lado el previsto por las distintas Mutualidades para sus asegurados, orientado a la cobertura de las contingencias que puedan acontecer mientras estén en activo y que se gestiona por cada Mutualidad. Y por otro, el denominado Régimen de la Clases Pasivas del Estado, que da protección a todos ellos de forma común, y cubre las contingencias ligadas a cuando el funcionario deja de estar en activo y que hasta la reforma operada este año 2020, y sobre la que profundizaremos más adelante, venía siendo gestionado por el Ministerio de Hacienda. Es tal el volumen de diferencias que se derivan de esta cobertura a través del Sistema Clases Pasivas que se ha considerado tradicionalmente como un régimen extramuros del propio Sistema, configurándose como un régimen externo al mismo⁶.

Así la protección social por discapacidad para algunos empleados públicos se aparta notablemente del Régimen General de la Seguridad Social⁷. Esta situación provoca que empleados públicos que desarrollan la misma actividad en la misma administración pertenezcan a regímenes de protección de la discapacidad diferentes sin que existan causas técnicas que puedan fundamentar dicha diferenciación. Ello se manifiesta particularmente en el modo de cálculo de las prestaciones económicas o la relación entre retribución percibida y cuantía de la prestación. Estas graves discordancias han sido puestas en entredicho desde hace tiempo por la doctrina por considerar que inciden en la falta de coherencia interna de todo el Sistema de Seguridad Social en su conjunto, ya que se contraponen profundamente a los principios de universalidad, generalización y unidad que lo fundamentan⁸.

II. LA TENDENCIA A LA HOMOGENEIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. La homogeneización subjetiva

El marco primigenio de protección diferenciado de la discapacidad entre empleados públicos integrados en el Régimen General y los integrados en los Regímenes Especiales de Funcionarios se ha visto afectado en los últimos años por un intento de acercamiento de los regímenes especiales de funcionarios hacia el Régimen General, siguiendo las directrices generales del Pacto de Toledo de tendencia a la simplificación de los regímenes especiales⁹. Si bien, este intento de armonización tuvo

⁵ En adelante IP.

⁶ Dentro del Sistema de Clases Pasivas sólo se contemplan pensiones diferenciadas en dos grandes categorías, dando lugar a formas de cálculo de la pensión muy diferentes. Son las pensiones ordinarias, cuando el hecho causante deriva de causas no relacionadas con el servicio. Y extraordinarias, cuando el hecho causante se produce por accidente o acto de servicio o como consecuencia directa del servicio. Sin embargo, es importante resaltar que quedan fuera de este Sistema todos los funcionarios que se hayan incorporado a partir de 2011, por lo que está llamado a extinguirse con el transcurrir del tiempo. Este sistema de clases pasivas se regula por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

⁷ En adelante RGSS.

⁸ VIDA SORIA, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963, págs. 77 y ss.

⁹ La Recomendación núm. 6 del Pacto de Toledo de 1995 consideró que era necesario simplificar los regímenes especiales reduciendo todos los regímenes o bien a un Régimen de Trabajadores por Cuenta Ajena o bien a uno de

un precedente muy efectivo en el año 1993 cuando se produjo la integración de los funcionarios de la Administración Local de una forma total y sin demasiadas dilaciones temporales. Con posterioridad la situación ha ido fluctuando de una forma lenta y parcializada en la medida en que la integración solamente ha afectado a los funcionarios de nuevo ingreso y solamente en lo que afecta al régimen de clases pasivas.

Esta tendencia homogeneizadora ha provocado que el ámbito subjetivo de esta especialidad se haya alterado en cierta forma en la última década sobre todo en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones mencionado¹⁰. Así, a partir del año 2011, los funcionarios civiles de la Administración Central que hayan accedido al empleo público se integran en el Régimen General de la Seguridad Social a efectos de pensiones, esto es del Sistema de Clases Pasivas, pero ello no afecta al mutualismo administrativo¹¹.

El artículo 20 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, estableció que todos los funcionarios que ingresasen en cualquier Administración Pública española a partir del 1 de enero de 2011 deberían quedar incluidos en el RGSS, si bien mantendrían, cuando se estableciese en la normativa aplicable, el Mutualismo Administrativo. De este modo, se optó por una homogeneización parcial, manteniendo el régimen protector preexistente, Clases Pasivas y Mutualidades, para los mutualistas existentes en ese momento. Así, los funcionarios de nuevo ingreso a efectos de pensiones pasan desde esa fecha al Régimen General de la Seguridad Social y no se incluyen en Clases Pasivas, aunque si les hubiese correspondido seguir en el Mutualismo lo siguen manteniendo.

Esta integración planteó de una forma gradual en la que la finalidad primordial era hacer frente a los costes económicos fruto de la reordenación generalizada de sistema de Seguridad Social que se produjo como consecuencia de la crisis económica del año 2008¹². Se trataba de un intento de armonización y consolidación del sistema avanzando de forma restringida en la integración de los regímenes del Sistema tal y como puso de manifiesto el Preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2010 cuando sostenía que este proceso provocaba efectos inmediatos de “incremento en la confianza y la solvencia”. Así frente a la armonización total de la integración de los funcionarios de la Administración Local del año 93 esta armonización sólo ha afectado a aspectos concretos y diversificados. De esta forma se respecta el régimen de pensiones extraordinarias con las adaptaciones necesarias y se mantienen las especialidades en relación con los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

Trabajadores por Cuenta Propia. Este proceso se inicio con la creación del sistema especial de autónomos Agrarios, SETA, dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, RETA a partir del 1 de enero del año 2008 y siguió con la integración de los trabajadores por cuenta ajena agrarios y empleados de hogar a partir del 1 de enero del año 2012.

¹⁰ Vid. VV.AA. *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, MONEREO PÉREZ Y CASTILLO BLANCO (Dir.), Granada, Comares, 2015, pág. 416.

¹¹ La Disposición Adicional 62ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, titulada “Armonización de Regímenes de los Funcionarios Públicos”, estableció que el Gobierno debería proponer en el plazo de seis meses las medidas legales necesarias para avanzar en el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS. Por su parte el Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero de 2010 insistió en esta armonización.

¹² CORTÉS ALCALÁ, E., “Reflexiones sobre el modelo de pensiones para la protección de la discapacidad del personal de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Aspectos económicos y tributarios”, en *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, Granada, Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), 2014, pág. 115.

2. La homogenización en la gestión

En el presente año 2020 se han adoptado un conjunto de medidas normativas que han profundizado en la integración en la gestión de las pensiones de los funcionarios públicos. Hasta ahora estas pensiones estaban gestionadas por el Ministerio de Hacienda, o el de Defensa en el caso del personal Militar y la Guardia Civil. Sin embargo, a partir de ahora se prevé que pasen a ser gestionadas por la Seguridad Social, igualando su gestión a la de los empleados públicos y trabajadores integrados dentro del Sistema de Seguridad Social¹³. En el caso de las prestaciones dependientes del Mutualismo Administrativo no se avanza en orden a la integración a pesar el gran volumen de singularidades que presenta. En este caso MUFACE sigue adscrito al Ministerio de Política Territorial y Función Pública, el ISFAS al Ministerio de Defensa y MUGEJU al Ministerio de Justicia.

El RD 2/2020, de 12 de enero, ha incluido dentro de las competencias del nuevo Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Seguridad Social y clases pasivas, por lo que estas últimas dejan de depender de los Ministerios de Hacienda y de Defensa¹⁴. Hay que advertir que no se trata solo de un traspaso de competencias de un Ministerio a otro, sino que va acompañado de traspaso de medios materiales y personales adscritos a las funciones relativas al régimen de clases pasivas del Estado¹⁵.

Por su parte, Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo incluye el traspaso en la gestión del Sistema de Clases Pasivas al INSS dentro de un conjunto de medidas urgentes para apoyar la economía y el empleo ante la crisis de la pandemia COVID-19. Hay que tener en cuenta que debido a la parálisis parlamentaria provocada por la pandemia y ante la importancia de la materia relativa a las pensiones el gobierno de forma urgente ha planteado este traspaso. Sin embargo, esta reforma sin debate parlamentario previo y consulta de las organizaciones sindicales ha llevado al planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad que ha sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional¹⁶.

A esta regulación normativa relativa a la integración en la gestión se añade el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Esta norma estructura las entidades responsables de la gestión del sistema de Clases Pasivas dentro del nuevo Ministerio, y además establece la fecha del 6 de octubre de 2020 como fecha a partir de la cual se va a proceder a la asunción de competencias

¹³ Solo quedan fuera de este Ministerio los profesionales cuya cobertura se hace de forma alternativa a través de las Mutualidades de Previsión Social, cuya gestión se lleva a cabo desde el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

¹⁴ El número 2 de esta norma utiliza una fórmula nueva para denominar a la Secretaría de Estado: "Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones". De forma paralela esta transformación también se ha materializado en la reorganización ministerial del Ministerio de Hacienda en el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero. La denominación clásica de "Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas", ha pasado a llamarse "Dirección General de Costes de Personal" (art. 4). En Defensa, se mantiene la denominación "Dirección General de Personal" (art. 3) ya que no afecta solamente a pensiones.

¹⁵ De esta forma se ven afectadas la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas, que hasta el 6 de octubre dependía de la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Área de Pensiones de la División de Igualdad y Apoyo al Personal, que estaba dentro de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

¹⁶ Así esta norma considera que es «razonable considerar que esos cambios normativos no pueden ser aprobados mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria, pues ello implicaría que, hasta la aprobación de tales reformas legislativas, la estructura organizativa derivada del Real Decreto 2/2020 no podría materializarse y, por lo tanto, los órganos competentes no podrían desarrollar las funciones que tienen atribuidas con arreglo al citado Real Decreto; circunstancia que generaría inseguridad jurídica e incertidumbre en una materia, las pensiones, particularmente sensible para el conjunto de la ciudadanía. Tal motivo justifica la extraordinaria y urgente necesidad de la situación y la conexión con ella de las medidas adoptadas».

en materia de reconocimiento, gestión y propuesta de pagos de las prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos cuyas competencias tenga atribuidas, así como las derivadas del Régimen de Clases Pasivas del Estado por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones¹⁷.

Desde el 6 de octubre y hasta que se complete el traspaso se ha establecido un período transitorio, que abarca desde esta fecha y hasta que se produzca la asunción total de competencia. En ese período se atribuye a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social el ejercicio de las competencias traspasadas. Los procedimientos iniciados en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa con anterioridad al 6 de octubre de 2020, se seguirán rigiendo por la normativa anterior a la aprobación del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril. Para estos casos una vez que se haya producido el reconocimiento de la pensión, se remitirán al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el correspondiente pago. Mientras la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social mantenga competencias en materia de clases pasivas, las funciones de asistencia jurídica van a ser ejercidas por el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social¹⁸.

Una vez que acabe este proceso transitorio el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹⁹ se hará cargo de gestionar el Régimen de clases pasivas ejerciendo el reconocimiento, gestión y propuesta de los pagos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, la resolución de los recursos interpuestos frente a los acuerdos en materia de Clases Pasivas y las funciones de información y atención al público. Para el ejercicio de estas funciones, se adscribe al INSS la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas. Por tanto, será la misma unidad administrativa que antes gestionaba desde Hacienda las pensiones la que desde el 6 de octubre lo haga desde el Ministerio de Seguridad Social²⁰.

Por otro lado, además de la integración de medios materiales y personales, se establece un traspaso financiero. Las cuotas no se recaudarán por la Tesorería General de la Seguridad Social²¹ sino que el Estado se encargará de transferir la totalidad del gasto que generen por la gestión del Régimen de Clases pasivas tanto el INSS, la TGSS y la Intervención General de la Seguridad Social, la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. En consecuencia la totalidad de las dotaciones económicas para la gestión del

¹⁷ Hasta el 6 de octubre de 2020 los servicios de la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda, así como de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, que participen en la gestión de Clases Pasivas, han continuado prestando su actividad como hasta ahora y retribuyéndose con cargo a los mismos créditos presupuestarios (disposición transitoria segunda, número 6, RD 497/2020, de 28 de abril). Sin embargo, a partir del RD de estructura del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (RD 497/2020, de 28 de abril), han debido iniciarse los trámites para la adaptación de la gestión administrativa, contable, presupuestaria y financiera para proceder a la integración de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas por el INSS (disposición transitoria segunda, núm. 1, RD-ley 15/2020).

¹⁸ Disposición transitoria segunda, núm. 1, RD-ley 15/2020 y disposición transitoria segunda, núm. 7, RD 497/2020. El RD-ley 15/2020 da una nueva redacción al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, redacción que entra en vigor el 6 de octubre (disposición final primera RD-ley 15/2020), las referencias hechas en dicha Ley al INSS se entenderán referidas a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social durante este período transitorio.

¹⁹ En adelante INSS.

²⁰ La Disposición Transitoria 2ª del RD 497/2020 señala que el traspaso de medios materiales y personales se realizará de forma coordinada por los Ministerios implicados, que son Defensa (en lo relativos a pensiones del personal militar y guardias civiles), y Hacienda (para funcionarios civiles), los dos en relación con el nuevo Ministerio. Para que el traspaso sea efectivo, resulta necesaria, por tanto, la planificación de los recursos humanos y materiales implicados, un proceso que se llevará a cabo mediante resoluciones conjuntas de las Subsecretarías de Defensa y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en el caso del personal militar y de las Subsecretarías de Hacienda y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el ejercicio de las funciones relativas al régimen de clases pasivas del Estado y de aquellas otras relacionadas con las prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos cuya gestión pasa a asumir.

²¹ En adelante TGSS.

sistema de clases pasivas van a seguir dependiendo de los Presupuestos Generales del Estado por lo que la integración no va a afectar a la contabilidad interna del Sistema de Seguridad Social²².

De esta forma los funcionarios que hasta ahora gestionaban estas pensiones del sistema de clases pasivas en Hacienda y Defensa pasan a integrarse en el INSS. El Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social será el encargado de realizar el asesoramiento jurídico como la representación y defensa en juicio de la Administración de la Seguridad Social en materia de clases pasivas, así como la asistencia jurídica en aquellos asuntos que afecten a los intereses de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en los términos que determine la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Por tanto, deja de actuar en este campo la Abogacía del Estado. La TGSS se limitará al pago material de las pensiones, pero sin realizar actividades recaudatorias.

III. LAS PENSIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE DEL FUNCIONARIADO. LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD EN EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS

1. La pensión ordinaria de retiro por incapacidad

El sistema de protección de discapacidad reconoce prestaciones bien por carácter ordinario o extraordinario para reconocer la denominada jubilación o retiro por incapacidad. En el caso de la ordinaria conforme al tenor literal del artículo 19.1 Ley de Clases Pasivas del Estado²³ la contingencia determinante es de carácter común, es decir, deriva de circunstancias ajenas al servicio. Por el contrario, en el caso de las prestaciones extraordinarias es con ocasión o como consecuencia de un accidente o enfermedad en acto de servicio cuando se deriva la protección.

La pensión ordinaria por incapacidad se denomina jubilación o retiro ya que se incluye dentro de un paquete de prestaciones en las que se incluyen también otro tipo de prestaciones como son la jubilación o retiro de carácter forzoso y la de carácter voluntario. La jubilación o retiro de carácter forzoso se declara automáticamente por cumplimiento de la edad legalmente establecida, fijada en 65 años con carácter general, aunque es posible prolongar la situación de activo hasta los 70 años en determinados casos²⁴. La jubilación o retiro de carácter voluntario, se declara a instancia de parte siempre que el interesado tenga cumplidos los 60 años de edad y cotizados 30 años de servicios efectivos al Estado. También es calificada como jubilación o retiro aquel cese del funcionario en el trabajo que tiene lugar por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad prevaleciendo así, a efectos fiscales, su consideración como renta y no como indemnización.

1.1. El hecho causante

El artículo 28.2.c) de la LCPE establece entre las circunstancias determinantes del hecho causante de la prestación “por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”, que se da “cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o categoría”.

²² Así, la disp. adic. sexta RD-ley 15/2020, en lo relativo a la adaptación normativa a la nueva organización, en el ámbito presupuestario establece que “Asimismo, toda referencia de contenido presupuestario debe entenderse realizada a los presupuestos de la Seguridad Social”.

²³ En adelante LCPE.

²⁴ Funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios: a los 70 años, pudiendo optar por jubilarse a la finalización del curso académico en que hubieran cumplido dicha edad. Magistrados, Jueces, Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia. Registradores de la Propiedad ingresados antes de 2015.

En consecuencia, la incapacidad permanente del funcionariado puede deberse a una lesión, es decir un accidente, o a un proceso patológico somático o psíquico, una enfermedad, introduciendo también el concepto de inutilidad. Sin embargo este término resulta bastante ambiguo a la hora de introducirlo dentro de este concepto ya que lleva a considerar a una persona absolutamente impedida para los actos más esenciales de la vida, dentro de lo que podría ser considerado como un grado de Gran Invalidez, cuando en realidad en el Régimen de Clases Pasivas no existe distinción de grados a efectos de causar distintas clases de pensiones. Se considera en general tanto la imposibilidad para realizar las funciones propias que venía desempeñando el funcionariado, y que afectaría a una Incapacidad permanente total, como cuando no se pueda realizar ninguna otra actividad²⁵. Por tanto, la referencia a la inutilidad resulta un tanto anacrónica ya que es redundante e innecesaria ya que parece que se está refiriendo a grados distintos, cuando de por sí en el sistema de clases pasivas no existen²⁶.

El Art. 28.2.c) LCPE nada dice sobre la determinación objetiva de las lesiones o patologías del interesado a efectos de apreciar la incapacidad permanente para el servicio. El órgano competente para la emisión de los dictámenes médicos a efectos de declaración de la incapacidad permanente de los funcionarios incluidos en el Régimen de Clases Pasivas es el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS, a excepción del personal Militar y la Guardia Civil. Dichos dictámenes deberán contener la valoración del estado del interesado, lo que implica la descripción de las lesiones o enfermedades que padece el funcionario, con indicación expresa de si está o no afectado por una lesión o proceso patológico que le imposibilite totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera²⁷.

Hay que entender que la alteración de la salud ha de ser sobrevenida, es decir, que se produzca con posterioridad al nombramiento del funcionario incluido en el Régimen de Clases Pasivas²⁸. Habría que tener en cuenta a este respecto que la minusvalía padecida en la fecha de su afiliación no puede impedir que se le pueda declarar una incapacidad permanente a efectos de causar la correspondiente prestación, si con posterioridad a esa fecha las reducciones que padecía se han agravado provocando una disminución o anulación de la capacidad para trabajar que tenía el interesado en la fecha de la afiliación. Es verdad que en este sentido la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es muy prolija, aunque las consideraciones elaboradas por la jurisdicción social son plenamente equiparables²⁹.

En este sentido, debería valorarse en conjunto todas las secuelas de la persona afectada, incluidas las preexistentes a la situación de alta, entendiendo que para determinar si la situación protegida ha tenido o no lugar antes de la afiliación, ha de atenderse al momento en que aparece el efecto invalidante en cuanto a la existencia real de una incapacidad de trabajo y no a aquél en que se inició

²⁵ LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas antes los sistemas privados de pensiones de retiro”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pág. 46.

²⁶ Este término resulta un tanto anacrónico en la medida en que es una reminiscencia de la normativa anterior que identificaba la incapacidad en general con la incapacidad física para distinguirla de la psíquica que la consideraba siempre ligada a la edad. En el Art. 39.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, se establecía: “Procederá también la jubilación, previa instrucción del expediente, que podrá iniciarse de oficio o a instancia del funcionario interesado, cuando éste padezca incapacidad por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades”. Si la inutilidad por IP del funcionario debido a inutilidad física podía declararse a cualquier edad, la IP por debilitación de facultades requería que el funcionario hubiera cumplido la edad de 60 años y un informe favorable de la Junta de Aptitud. Actualmente no tiene sentido tal distinción puesto que la incapacidad permanente para el servicio puede declararse tanto por causas físicas como psíquicas, cualquiera que sea la edad del funcionario.

²⁷ Así se establece por el Art. 3 de la Orden de 22/11/96.

²⁸ MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, págs. 50-51.

²⁹ LÓPEZ LORENZO, A., *La Protección Social de los Empleados Públicos*, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2007, pág. 769.

la enfermedad. También debe considerarse que no se puede denegar la declaración de incapacidad permanente por el hecho de que el trabajador padeciera las reducciones anatómicas o funcionales antes de la afiliación y alta si las mismas experimentan agravación o empeoramiento durante el tiempo en que se estuvo afiliado y en alta. Hay también que considerar que existen enfermedades de evolución lenta y progresiva que mediante el oportuno tratamiento, permiten desarrollar un trabajo hasta que llega un momento en que por sí mismas o por la interacción de otras dolencias, inhabilitan para realizar todas o algunas de las tareas fundamentales de la profesión habitual o de cualquier actividad laboral³⁰.

De todas formas, si se acepta la afiliación del funcionario en el Régimen de Clases Pasivas se entiende que las enfermedades surgieron después del mismo y corresponde a la entidad gestora probar que el presunto incapacitado sufría las reducciones anatómicas y funcionales antes del encuadramiento y que éstas no se han agravado con posterioridad. El Art. 28.2.c) de la LCPE si se refiere expresamente a que la lesión o proceso patológico debe estar estabilizado y ser irreversible o de remota o incierta reversibilidad, aunque no establece la explícitamente la posibilidad de revisión de la Incapacidad Permanente. En este sentido la STS 2759/1994, de 8 de abril, estableció como elemento primordial para considerar la incapacidad permanente para el servicio La permanencia en el tiempo, de manera que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad.

En el Régimen de Clases Pasivas, para la declaración de jubilación por incapacidad permanente para el servicio no se exige tratamiento médico previo, ni el Art. 28.2.c) de la LCPE hace mención alguna a la situación de incapacidad temporal, quizá porque esta situación es ajena a los derechos pasivos de los funcionarios. Ello contrasta con la regulación establecida por el Sistema de la Seguridad Social donde para que se valore la incapacidad permanente, la norma exige un tratamiento médico previo y un alta en ese tratamiento; no obstante, no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas. La existencia de ese tratamiento médico previo presupone que la incapacidad permanente ha de venir precedida necesariamente de una situación de incapacidad temporal, durante la cual el interesado será sometido a dicho tratamiento con objeto de restablecer el estado de salud alterado³¹.

Así pues, es posible iniciar el procedimiento para la declaración de incapacidad permanente en cualquier momento y desde cualquier situación en que se encuentre el funcionario, incluso desde la situación de activo, con independencia de que haya estado o no sometido a tratamiento médico previo. Sin embargo, lo habitual es que exista una baja y un tratamiento médico anterior a la iniciación del procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, y a pesar de que no se haga referencia en las normas de Clases Pasivas, también se iniciará el procedimiento cuando se agoten los plazos máximos de incapacidad temporal.

En cualquier caso, el riesgo protegido por la prestación de incapacidad permanente como renta substitutiva del salario, no es la alteración de la salud en sí misma sino la incidencia que tiene en la capacidad laboral del afectado y que le impide el desempeño de un trabajo remunerado. En cuanto a

³⁰ Este planteamiento se ve reforzado en el Sistema de Clases Pasivas en la medida en que el Art. 52 de la LCPE, de aplicación a los que prestan el servicio militar obligatorio y a los alumnos de los Centros Docentes Militares - , considera accidente en acto de servicio las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad a la incorporación del interesado a las Fuerzas Armadas o a los Centros Docentes de Formación, que se agraven como consecuencia del accidente.

³¹ Mientras persista la necesidad de tratamiento y, por tanto, la posibilidad de mejoría, no podrán ser calificadas las lesiones como definitivas e irreversibles y no se podrá acceder a la situación de incapacidad permanente. Se establecen, no obstante, determinados supuestos en los que se puede acceder a la situación de incapacidad permanente sin pasar por una incapacidad temporal, esto es, cuando la incapacidad permanente afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal por las circunstancias mencionadas.

los funcionarios ninguna duda puede surgir al respecto puesto que en los nombramientos figuran el Cuerpo al que el funcionario pertenece³².

Además la incapacidad no tiene que valorarse en abstracto y con referencia exclusiva a la patología de la enfermedad, sino que ésta ha de ser puesta en relación con las circunstancias del sujeto paciente y la repercusión en su capacidad para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo, Escala, plaza o carrera de su integración, es decir, que no cabe generalizar, de tal modo que más que de incapacidades debe hablarse de incapacitados. La situación de incapacidad se declarará de oficio o a instancia de parte, ya sea a petición del interesado que podrá aportar los informes médicos que crea oportunos o a petición de oficio cuando así lo proponga al órgano de jubilación el Director del Centro, Dependencia u Organismo donde el interesado preste servicios, mediante escrito motivado cuando observe la disminución de la capacidad laboral del funcionario³³.

Para los colectivos que no tienen un vínculo permanente, la pensión ordinaria de retiro solo procede en caso de que le incapacite absolutamente para el desempeño de cualquier profesión u oficio. Si solo lo incapacita para su profesión, la que corresponde es la pensión por inutilidad para el servicio. En estos casos se han venido sucediendo determinadas situaciones en las que la temporalidad en el ejercicio de la actividad pública ha podido determinar la exclusión o falta de reconocimiento de las prestaciones sobre todo en supuestos en los que la enfermedad se ha manifestado con posterioridad, una vez cesado el ejercicio de la actividad³⁴.

1.2. El período de carencia

El texto refundido de 1987, en su Art. 28, establece que la jubilación ordinaria podrá ser forzosa por edad o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad; y a continuación el Art. 29 dispone que para causar a su favor derecho a pensión ordinaria de jubilación o retiro, se deberá haber completado 15 años de servicios efectivos al Estado. Con la lectura de estos dos preceptos la única conclusión a que se puede llegar es que efectivamente se exige un período de carencia de 15 años para causar pensión ordinaria por incapacidad permanente planteando un agravio comparativo con respecto a los trabajadores y funcionarios incluidos en el RGSS para los que se exigen períodos de carencia variables en función de la edad y del momento de ocurrencia del hecho causante, generalmente menor al de 15 años³⁵.

³² En este sentido la STS 2759/1994, de 8 de abril, estableció como las directriz básica para considerar la incapacidad permanente para el servicio, la intensidad o gravedad de la lesión o proceso patológico sufrido por el interesado, hasta el punto que le imposibilite totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, sin que sea preciso atenerse al sentido literal del precepto, pudiendo ser suficiente el impedimento cuyo grado de incidencia en la continuidad temporal de la prestación de servicios y en su nivel de funcionalidad posible, esté afectando de modo sustancial a la posibilidad de desempeño de las tareas asignadas al funcionario.

³³ Disposición quinta. 1.2. Resolución de 29/12/95, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública

³⁴ Así, como pone de manifiesto el profesor MALDONADO MOLINA en el caso de los militares temporales, hasta el RD 71/2019, de 15 de febrero, el reconocimiento de la prestación debía derivar de un “hecho” concreto y tangible (artículo 1.2 del derogado RD 1186/2001), lo cual excluía lesiones y enfermedades que apareciesen de forma progresiva. De esta forma se les dejaba sin derecho a pensión la incapacidad motivada por una enfermedad de tipo evolutivo o degenerativo, cuestión injusta, como puso de manifiesto el profesor MALDONADO MOLINA que ha sido considerada que debía “modificarse legislativamente este trato diferencial, eliminando la voz «hecho» del artículo 1.2 RD 1186/2001, equiparando la cobertura de IPT con los militares permanentes y con el común de los trabajadores de este país”, cuestión que afortunadamente ocurrió con el RD 71/2019, de 15 de febrero. MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 51.

³⁵ La falta de cuestionamiento de este periodo de carencia viene avalada por lo dispuesto expresamente en el Art. 48.1 de la LCPE cuando dice: “El derecho a pensión extraordinaria de jubilación o retiro se causará cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados al Estado por el personal de que se trate”. La pensión extraordinaria de jubilación o retiro sólo puede causarse por incapacidad permanente ocurrida en acto de servicio o como consecuencia del mismo, por lo que la propia existencia del Art. 48.1, que excluye de periodo de carencia a las pensiones extraordinarias

El cómputo temporal no se calcula según el grado de discapacidad, sino por los años de servicios prestados. El Art. 28.2.c) de la LCPE dice literalmente que será causa de jubilación: “La lesión o proceso patológico irreversible que inhabilite totalmente para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo Escala, plaza o carrera”. Por tanto, el único grado existente y que determina la jubilación del funcionario es el equivalente a la incapacidad permanente total del sistema de Seguridad Social, y ello porque dadas las características de la función pública a la que se accede por oposición o concurso-oposición a un determinado Cuerpo, Escala, plaza o carrera, no es posible adscribir al funcionario a otro Cuerpo, Escala, plaza o carrera cuando presenta una incapacidad para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo al que pertenece. Este planteamiento también afecta a la determinación de la cuantía de la prestación³⁶.

En este punto el Régimen de Clases Pasivas se aparta de la regla general del Sistema de Seguridad Social ya que se atiende a la vida laboral. En consecuencia, no hay correspondencia con el mínimo requerido para las prestaciones por incapacidad derivadas de enfermedad común del Sistema de Seguridad Social. En realidad se exige un mínimo de servicios prestados al Estado tanto si deriva de una enfermedad como de un accidente no laboral a diferencia de lo regulado en el Régimen General de Seguridad Social, donde esta diferenciación sí es determinante³⁷.

A la hora de computar los servicios efectivos al Estado existe una amplia relación de situaciones asimiladas que se pueden incluir, aunque, de partida se excluyen el Servicio Militar y la Prestación Social Sustitutoria según el artículo 32.3 de la LCPE ya que son de carácter obligatorio. Estas situaciones son: “a) Los años que faltan para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso; b) Los prestados en situación de servicio activo en algún Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría; c) Los prestados en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa y en las situaciones militares que resulten legalmente asimilables a todas éstas; d) Con un máximo de tres, los cotizados en prácticas o como alumno de las Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez Cadete, Alférez-Alumno, Sargento-Alumno o Guardiamarinas”³⁸. Entre estos supuestos incluidos destaca especialmente el supuesto de “los años que faltan para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso” ya que aquí la cuantía se calcula según los años de servicios prestados no según el grado de discapacidad como ocurre en el Régimen General³⁹.

Por su parte el Art. 31.4 de la LCPE dispone que: “El cálculo de la pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio del personal comprendido en este capítulo –referido a las pensiones ordinarias– se verificará de acuerdo con las reglas expresadas en los números anteriores, con la particularidad de que se entenderán como servicios efectivos prestados en el Cuerpo, Escala, Plaza, empleo o categoría a que figurara adscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación o retiro por incapacidad permanente, los años completos que faltara al interesado para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso, y se tendrán en cuenta, a los efectos oportunos, para el cálculo de la pensión que corresponda”.

Este reconocimiento de los años que faltan para cumplir la edad de jubilación a efectos de carencia, y también de cuantía, para la pensión ordinaria de jubilación plantea un debate interpretativo

confirmaría el hecho de que efectivamente se exige un mínimo de 15 años de servicios para causar pensión ordinaria de jubilación por incapacidad permanente.

³⁶ MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 52.

³⁷ LÓPEZ LORENZO, A., *La Protección Social de los Empleados Públicos*, cit., pág. 786.

³⁸ BLASCO LAHOZ, J.F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Albacete, Bomarzo, 2006, págs. 27-32.

³⁹ Especialmente perjudicados resultan sobre este aspecto los militares temporales con la pensión por inutilidad para el servicio, que atiende al grado de discapacidad frente a los militares permanentes a los que se les dan por prestados todos los años que faltan hasta expirar su vida laboral.

de calado ya que se trata de un reconocimiento no habitual en materia de prestaciones y además supone un agravio comparativo, en este caso para las personas encuadradas en el régimen general de la Seguridad Social. Y es que, de esta forma no existiría realmente período de carencia pues al producirse el abono de los años de servicios que faltasen al incapacitado para cumplir la edad de jubilación o retiro forzoso, tanto a efectos de cálculo de la pensión como para reunir el período de carencia, el personal jubilado o retirado por incapacidad permanente para el servicio, por causas ajenas al mismo, reuniría los requisitos para causar derecho a la pensión desde el mismo momento en el que se entrara al servicio de la Administración Pública⁴⁰.

El Art. 31.4 exceptúa de este cómputo especial de servicios cuando el funcionario se encontrase en situación de excedencia voluntaria, suspensión firme o situación militar legalmente asimilable por lo que se puede decir que no existe realmente período de carencia para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación o retiro por incapacidad permanente, siempre que el funcionario se encontrara en activo, excedencia forzosa o servicios especiales. Por su parte para los funcionarios separados del servicio, la DA 10ª.4 de la LCPE dispone que, a efectos del reconocimiento de derechos pasivos solamente se computarán los servicios prestados por el causante hasta el momento en que se hubiese producido la pérdida de su condición de funcionario, lo que excluye la posibilidad de abono del período de servicios ficticio contemplado en el Art. 31.4. Sólo en estos últimos casos será necesario haber completado el período mínimo de servicios de 15 años para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación por incapacidad permanente⁴¹.

Un supuesto en el que no se podría completar el período de carencia sería cuando el funcionario ingresa al servicio de la Administración faltándole menos de 15 años para cumplir la edad de jubilación forzosa pues los años de abono hasta esa edad no cubrirían el período de carencia exigido, a no ser que pueda computar cotizaciones realizadas a otros regímenes de Seguridad Social puesto que en caso de incapacidad permanente no podrá solicitar la prórroga en el servicio activo a efectos de completar el período de carencia, ya que uno de los requisitos para ello es que sea considera apto para el servicio.

1.3. Cuantía

Respecto de la cuantía de la pensión de retiro por incapacidad, se toma como base el montante regulador que corresponda, al que se tiene que aplicar el porcentaje de cálculo. El haber regulador se fija anualmente, según establecen los artículos 30 y 31 de la LCPE, por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos y categorías en los que haya prestado servicios. El porcentaje depende de los años completos de servicios efectivos al Estado que se hubieran reconocidos.

La totalidad de la cuantía se reconoce cuando se alcanzan 35 años de cotización, incluyéndose dentro de estos, no sólo los acreditados hasta el momento en que se produjese la situación determinante de la incapacidad, sino también los que restan al funcionario para cumplir la edad de jubilación, entendiéndose éstos como prestados en el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría en que figure

⁴⁰ “Cabría pensar en la posibilidad legal, brindada por el Art. 31.4 LCPE, de causar esta pensión, sea cual sea el tiempo que el funcionario lleve ligado a la Administración ya que dicho precepto dice que se entenderán como servicios efectivos los años completos que faltaran al interesado para alcanzar la correspondiente edad de jubilación forzosa, pero inmediatamente añade que se tendrá en cuenta, a los efectos oportunos, para el cálculo de la pensión que corresponda. Es decir, una vez configurado el derecho a pensión con el requisito ineludible del período de carencia, se procederá al cálculo de la pensión y es en ese momento -no antes- cuando juega el abono de años que el Art. 31.4 establece. Por si hubiera alguna duda interpretativa al respecto, la lectura del Art. 30 de la Ley 50/84, de 30 de diciembre, la disipa por completo”. ALARCÓN CARACUEL M.R. y GONZÁLEZ ÓRTEGA: *Las pensiones de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid, Fundación Mapfre, 1988, pág. 130.

⁴¹ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, pág. 52.

adscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación, como determina el artículo 32 LCPE los años completos. En consecuencia, salvo por esta particularidad, la pensión de jubilación por IP para el servicio se calcula igual que la pensión ordinaria de jubilación por edad.

Así pues, la jubilación o el retiro por incapacidad causa la mejor de las pensiones posibles, sea cual sea el grado de su incapacidad, en la medida en que se causa la pensión de jubilación en la cuantía que le hubiera correspondido al funcionario al cumplir la edad de jubilación forzosa, en la medida en que se tienen también en cuenta los años que le faltasen al incapacitado para cumplir la edad de esa jubilación. No obstante, este abono de años de servicios, establecido en el Art. 31.4 de la LCPE, no se producirá cuando el hecho causante se produzca estando el funcionario en situación de excedencia voluntaria, suspensión firme o situación militar asimilable, computando en estos supuestos únicamente los años de servicios realmente prestados⁴².

La cuantía mensual de las pensiones se obtiene dividiendo por 14 la pensión anual. La fórmula de cálculo sólo varía cuando se han prestado servicios en dos o más Cuerpos o categorías con distinto haber regulador. En este caso se aplica una fórmula polinómica que toma en consideración todo el historial administrativo desde su ingreso en el primero y sucesivos Cuerpos hasta su cese en el servicio activo⁴³. Si en el momento del hecho causante el interesado acredita menos de veinte años de servicios y la incapacidad no le inhabilita para toda profesión u oficio, la cuantía de la pensión ordinaria de jubilación se reducirá en un 5% por cada año completo de servicio que le falte hasta cumplir los 20 años de servicio, con un máximo del 25% para quienes acreditan 15 o menos años de servicios.

1.4. Compatibilidades e incompatibilidades

Las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social⁴⁴. Sin embargo el trabajo y pensión pueden ser compatibles para los “supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio”, en los que “se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado” según establece el artículo 33 LCPE.

Según el art. 10 RD 710/2009 actividad distinta es “aquella en que las tareas a realizar no guarden semejanza con las funciones realizadas por el funcionario, en razón de su pertenencia al Cuerpo, Escala, plaza o categoría en que fue declarado jubilado o retirado”. Además este mismo RD exige al beneficiario que comunique el inicio de una actividad profesional y que se someta la compatibilidad entre pensión y trabajo a una autorización expresa de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas; de modo que la denegación de la autorización conlleva la suspensión del percibo de la pensión mientras continúa la prestación de servicios.

⁴² El problema que supuso años atrás la no calificación de grados de incapacidad en el Régimen de Clases Pasivas, quedó resuelto con la Orden de 22 de noviembre de 1996, del Ministerio de la Presidencia, por la que se establece el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos de reconocimientos de determinadas pensiones de Clases Pasivas. El Art. 3 dispone que: “En los dictámenes médicos deberá constar si la lesión o proceso patológico de que está afectado el funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, en los términos del Art. 28.2.c) LCPE, le inhabilita o no por completo para toda profesión u oficio. Asimismo, deberá indicarse si el funcionario incapacitado necesita de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida”.

⁴³ Para un análisis detallado de estas cuestiones, *vid.* BLASCO LAHOZ, J.F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, cit., págs. 39 y ss; MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, ALMENDROS GONZÁLEZ, MALDONADO MOLINA, FERNÁNDEZ AVILÉS, *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010, pág. 447.

⁴⁴ Regla añadida por la DA 16ª Ley 2/2008, que modificó el art. 33 LCPE, que fue desarrollada por el RD 710/2009 y que no afecta a las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2009.

1.5. Particularidades del Cuerpo Nacional de Policía. La situación de segunda actividad

Si la norma general para el conjunto de los funcionarios es que procede la jubilación al sobrevenir una incapacidad permanente para el desempeño de las funciones propias del puesto que ocupan, encontramos algunas excepciones respecto a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, a los que la apreciación de “insuficiencia de condiciones psicofísicas” para el desempeño de las funciones que venían realizando hasta ese momento, no implica necesariamente la declaración de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio.

La existencia de la situación de “segunda actividad” para el Cuerpo Nacional de Policía, a la que se puede acceder a cualquier edad por insuficiencia de condiciones psicofísicas para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, constituye una alternativa a la jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Dicha situación, implica que el funcionario es apartado del servicio activo, percibiendo unas retribuciones especiales, si bien puede acceder a determinados puestos desempeñando funciones instrumentales de gestión, asesoramiento y apoyo de las actividades policiales, en cuyo caso percibirá las retribuciones que corresponda al personal de su categoría en activo. No existen cuadros médicos para el Cuerpo Nacional de Policía que puedan utilizarse para trazar la línea que distinga el nivel de incapacidad que determina el pase a segunda actividad o la declaración por incapacidad permanente para el servicio, por lo que la decisión en uno u otro sentido corresponde, en última instancia, al Director General de Policía a la vista del dictamen emitido por el Tribunal Médico⁴⁵.

Para los funcionarios en general, la disminución de la capacidad que les impida el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo implica siempre la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, lo que no ocurre con los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía precisamente por la existencia de esta situación intermedia entre el servicio activo y la jubilación. La jurisprudencia reconoce que efectivamente el funcionario se encuentra incapacitado para el desarrollo de las funciones policiales, y como única justificación para que no sea declarada la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, se aduce la existencia de la situación de segunda actividad en la que no necesariamente se ha de ocupar destino y, si se ocupara, éste habría de ser compatible con las limitaciones físicas o la patología que el funcionario padece, y que, en todo caso, esta situación es revisable⁴⁶.

Parece pues, que la clave para discernir cuándo procede el pase a segunda actividad y cuándo la jubilación por incapacidad permanente para el servicio se encuentra, además de en la intensidad de la disminución de la capacidad profesional, en la posible o remota reversibilidad de esa disminución

⁴⁵ El Art. 11.1 del Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, de desarrollo y aplicación de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, se limita a decir que pasarán a segunda actividad cuando se tengan disminuidas de forma apreciable las aptitudes físicas o psíquicas de modo que le impida el normal cumplimiento de sus funciones profesionales, siempre que la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. La ambigüedad del precepto citado es evidente puesto que no existe un baremo para medir la intensidad de la disminución de la capacidad profesional.

⁴⁶ En este sentido, en la sentencia de 22 de enero de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se declaró ajustada a Derecho la resolución del Director General de Policía que acordaba el pase a segunda actividad de un funcionario que solicitaba la declaración de jubilación por incapacidad permanente por entender que reunía los requisitos del Art. 28.2.c) de la LCPE, se considera, entre otras cosas, que: “Que el hecho de que no pueda realizar las funciones propias policiales no implica que deje de estar en activo ya que para el Cuerpo Nacional de Policía existe una situación administrativa especial para estos funcionarios, que es la segunda actividad, debiendo insistir que en dicha situación no se ocupa necesariamente destino (....) Que en todo caso, tal y como recoge el Art. 7 de la Ley 26/94, las personas que hubieran pasado a la situación de segunda actividad por falta de aptitudes podrán ser objeto de revisión en las condiciones determinadas reglamentariamente”.

con el transcurso del tiempo. La declaración de jubilación es un acto, en principio, definitivo, al no estar prevista la revisión con carácter general, en tanto que el pase a segunda actividad por esta causa será siempre revisable hasta que el funcionario cumpla la edad en la que le correspondería pasar a la misma, tanto de oficio como a instancia de parte. La revisión procede, en todo caso, cuando las circunstancias que motivaron el pase a segunda actividad hayan variado, sea por disminución o incremento de las insuficiencias psicofísicas, a fin de determinar el reingreso al servicio activo, la instrucción del expediente de jubilación o la continuidad en dicha situación, según el caso.

En cualquier caso, la declaración de pase a segunda actividad de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía es una cuestión muy controvertida a juzgar por los abundantes pronunciamientos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Jurisprudencia, por cierto, reiterativa y que acepta, como norma general, estas resoluciones apoyándose en la llamada “discrecionalidad técnica” cuya legitimidad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en cuanto que los órganos de la Administración promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentra la plenitud del conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación⁴⁷.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones que los Órganos Jurisdiccionales no pueden convertirse en segundos tribunales calificadores que sustituyan por sus propios criterios los que en virtud de la discrecionalidad técnica corresponden a los órganos administrativos, lo que no impide la revisión jurisdiccional de los supuestos en que concurran defectos de forma sustanciales o se haya producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder⁴⁸. De todo ello cabe concluir que la existencia para este personal de una normativa específica que regula la insuficiencia de aptitudes psicofísicas para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo, Escala, plaza o carrera, tiene como consecuencia la aplicación del Art. 28.2.c) de la LCP de una forma muy restrictiva.

Para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, una vez concluido el período máximo de incapacidad temporal, se inicia necesariamente el procedimiento para pasar a la situación de segunda actividad, que puede concluir con una resolución que determine el pase del funcionario a dicha situación o, excepcionalmente, con una resolución que declare la jubilación por incapacidad permanente para el servicio⁴⁹. Mientras que por el contrario, cuando se trata de trabajadores o funcionarios incluidos en el RGSS o funcionarios que tienen protegida la situación de incapacidad temporal por el Mutualismo Administrativo, una vez transcurrido el período máximo de tiempo que se puede permanecer en esta situación sin que se haya producido el alta médica por curación, se presume que las reducciones anatómicas o funcionales padecidas son irreversibles o de incierta o remota reversibilidad y obliga a calificar el grado de incapacidad, con el reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente

⁴⁷ Presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano calificador. En estos casos, según refiere el mismo Tribunal Constitucional, el único control que pueden ejercer los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es el jurídico, “salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente” por parte de los órganos técnicos administrativos. STC: 353/1993, de 29 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero; 73/1998, de 31 de marzo; 40/1999, de 22 de marzo.

⁴⁸ STS: 81/1990, de 18 de enero; 3568/1990, de 27 de abril; 2279/1991, de 13 de marzo; 8485/1992, de 20 de octubre; 8490/1992, de 25 de octubre; 2563/1995, de 10 de marzo.

⁴⁹ El Art. 11.2 del RD 1556/95, establece que a los efectos de apreciación de la insuficiencia física o psíquica por el Tribunal Médico, se valorarán las siguientes circunstancias: b) Que dichas insuficiencias se prevean de duración permanente, o cuya curación no se estime posible dentro del los períodos de invalidez transitoria (léase incapacidad temporal) establecidos en la normativa vigente.

que corresponda en un caso, o la iniciación del expediente de jubilación o retiro cuando se trata de funcionarios incluidos en el Régimen de Clases Pasivas.

En efecto, a pesar de la claridad con que se expresa el Art. 28.2.c) de la LCPE, estableciendo que la jubilación o retiro procede cuando la lesión o proceso patológico le imposibilite totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, la aplicación de la normativa sobre segunda actividad posibilita que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a los que se les aprecie una incapacidad total para el desempeño de las funciones policiales que le son propias, incluso adquirida en acto de servicio o como consecuencia del mismo, no sean jubilados sino que se resuelva su pase a situación de segunda actividad, situación revisable, en la que no se ocupa destino necesariamente y si se ocupara, las funciones del mismo, instrumentales, de asesoramiento y apoyo, serían compatibles con la incapacidad del interesado.

La irreversibilidad de las reducciones anatómicas o funcionales no se presumen una vez concluido el período máximo de incapacidad temporal o de insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas, e incluso apreciándose la irreversibilidad de las mismas y que esa disminución de la capacidad le inhabilita para el desempeño de las funciones propias del puesto que ocupaba el funcionario, funciones del Cuerpo, Escala, plaza o carrera; concepto equivalente a la profesión habitual del sistema de Seguridad Social, no implica necesariamente la jubilación o retiro del afectado, de lo que se deduce, aunque ninguna norma lo dice explícitamente, salvo para los militares que mantienen una relación de servicios de carácter temporal, que sólo procederá la jubilación o retiro cuando la incapacidad permanente apreciada sea absoluta para toda profesión o trabajo⁵⁰.

2. Pensión extraordinaria de retiro por incapacidad

2.1. Situación protegida

La pensión extraordinaria de retiro para los supuestos de incapacidad permanente tiene lugar cuando esta se produce con ocasión o como consecuencia del acto de servicio. Esta incapacidad se describe con los mismos parámetros que la pensión ordinaria. El hecho determinante puede provenir tanto de un accidente como de una enfermedad. En este caso estamos ante un accidente laboral o una enfermedad profesional ya que tiene que constatarse la vinculación directa entre el acaecimiento de estos con la realización directa del servicio o con la naturaleza de este como determina el artículo 47 de la LCPE. En esta prestación la lesión o enfermedad incapacitante tiene su origen en el acto de servicio, es decir, que se haya producido como consecuencia del desarrollo de las actividades o funciones propias del funcionario. En consecuencia los riesgos propios del acto de servicio equivalen a los denominados riesgos profesionales en el RGSS, que son aquellos que se originan por ocasión o como consecuencia del trabajo y sólo pueden darse cuando el trabajador o funcionario se encuentra en activo⁵¹.

En la LCPE no se define el Acto de Servicio ni la Enfermedad Profesional, ni tampoco prácticamente existe definición alguna en normas reglamentarias. Las únicas referencias al acto de servicio la se encuentran en el mismo artículo 47 cuando establece que “En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado. En todo caso, dicho personal, en cuanto se incapacite o inutilice en acto de servicio o como consecuencia del mismo, será declarado jubilado o retirado”.

⁵⁰ LÓPEZ LORENZO, A., *La Protección Social de los Empleados Públicos*, cit., pág. 779.

⁵¹ MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 55.

No establece supuestos ni presunciones respecto a qué circunstancias pueden considerarse accidente en acto de servicio. Tampoco existe listado de enfermedades profesionales rigiendo, por tanto, el sistema abierto, y en cada caso habrá que demostrarse el nexo de causalidad entre la lesión o enfermedad causante de la incapacidad y el acto de servicio. El precepto se expresa con la suficiente amplitud como para que quepan en el mismo el concepto de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional que nos da la legislación de Seguridad Social, con la extensión que ha propiciado la Jurisprudencia Social

Esta vinculación se considera una presunción *iuris tantum* cuando la incapacidad permanente se haya producido en el tiempo y lugar de trabajo conforme determina el artículo 47.4 de la LCPE por lo que si se demuestra lo contrario no se estima tal nexo de conexión aunque se haya producido la existencia del hecho causante en tiempo y lugar de trabajo⁵². Sin embargo la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa ha sido a veces exigente a la hora de probar una relación directa entre la lesión o enfermedad y el acto de servicio e, incluso, a pesar de esta presunción *iuris tantum*⁵³. A pesar de ello esta interpretación rígida del Art. 47 LCPE, se ha venido produciendo un acercamiento progresivo y generalizado hacia el concepto de accidente de trabajo en materia de Seguridad Social⁵⁴.

Caben en el Art. 47 de la LCPE todos los supuestos de accidente y enfermedad en acto de servicio que se recogen en la Ley General de la Seguridad Social, pero al no establecerlos como presunciones, a salvo lo dispuesto en el nuevo número 4, la carga de la prueba recae sobre el interesado y los Tribunales exigen que el nexo de causalidad quede acreditado de forma indubitante dada la elevada cuantía de las pensiones extraordinarias. En cuanto a las “enfermedades profesionales”, el Art. 47.2 LCPE, exige que deberán constar como adquiridas directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado, y pocas enfermedades pueden cumplir un requisito tan estricto.

2.2. Requisitos de acceso y cuantía de la prestación

Para causar esta prestación no se requiere período de carencia alguno, lucrándose cualquiera que sea el tiempo de servicios efectivos prestados al Estado. La cuantía de la pensión extraordinaria se regula en el Art. 49 de la LCPE, y para su determinación se tomarán como años de servicios, según

⁵² Así, en algún caso se ha considerado que un accidente vascular acontecido en tiempo y lugar de trabajo es acto de servicio si no se prueba lo contrario, considerando el juez *ad quo* que existía una “relación de causalidad entre el ACV sufrido por el recurrente y la tensión derivada de la prestación de servicios en la Guardia Civil” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2014, JUR 2015\10371).

⁵³ SAN de 19/12/2002; 17/09/1998; de 17/10/2002; de 28/10/2002; de 11/10/2002; de 18/11/2002; de 24/10/2002; de 11/11/2002; de 30/09/2002; de 16/01/2003; de 27/11/2003/ de 16/10/2003; de 06/11/2003/ de 02/06/2004, entre otras muchas. Estas toman como fundamento STC de 11 de junio de 1987, donde se considera que existe una diferencia de trato legislativo, no arbitraria, al tratarse de dos regímenes jurídicos distintos, uno estatutario y otro laboral, donde no se dan los mismos derechos y deberes entre uno y otro personal, diferencia reflejada en el propio texto constitucional, cuando su Art. 35.2 remite a los trabajadores al Estatuto de los Trabajadores y el Art. 103.3 remite a los funcionarios al Estatuto de los Funcionarios. En consecuencia si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucional lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, sin que pueda hablarse de arbitrariedad, por lo que carecen de virtualidad a los efectos pretendidos las alegaciones efectuadas respecto a la LGSS y las decisiones jurisprudenciales que le afectan.

⁵⁴ En sentencia de 4 de abril de 2001, el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que la doctrina del accidente *in itinere* pueda surtir efectos en el campo del Derecho Administrativo, si bien la Audiencia Nacional, en sentencias posteriores de 30/09/2002, de 11/11/2002, de 18/11/2002 y de 28/11/2002, entre otras, niega la pensión extraordinaria por incapacidad permanente declarada en unas, y a favor de familiares en otras, habiendo quedado acreditado que los accidentes que originaron la incapacidad y el fallecimiento se produjeron cuando el sujeto causante regresaba a su domicilio desde el lugar de trabajo al terminar la jornada, argumentando que no existe en el Régimen de Clases Pasivas el accidente *in itinere*, propio de las normas de Seguridad Social basado en la presunción legal de haber acaecido en el tiempo y lugar de trabajo. Sin embargo, un mes más tarde, en la sentencia de 19/12/2002, se hace eco de lo apuntado por el Tribunal Supremo

establece el Art. 31.4 con carácter general para las pensiones por incapacidad, el periodo de tiempo comprendido entre la fecha en que el funcionario o militar inició la prestación de servicios hasta la fecha en que éste habría de cumplir la edad de jubilación forzosa, cualquiera que fuese el tiempo de servicios efectivos. El número de años de servicios así calculados determinará el porcentaje a aplicar al haber regulador según la tabla establecida en el Art. 31.1.

Hasta aquí ninguna especialidad respecto a las pensiones ordinarias, pues la particularidad de las pensiones extraordinarias consiste en que el haber regulador sobre el que se aplica el porcentaje correspondiente se toma en el 200%, es decir, la cuantía de la pensión extraordinaria es exactamente el doble del importe que correspondería de ser ordinaria; no obstante, el disfrute de la misma viene limitado por el tope máximo de pensiones públicas, lo que ha recortado enormemente la ventaja comparativa que estas pensiones representaban respecto a las causadas por contingencias profesionales en el RGSS⁵⁵.

Según el número 4 del Art. 49 “No se percibirá cantidad alguna en concepto de indemnización por el Régimen de Clases Pasivas ni ayuda o subsidio con cargo a crédito presupuestario de Clases Pasivas junto con las pensiones extraordinarias causadas en su propio favor o en el de sus familiares por el funcionario inutilizado o fallecido en acto de servicio o como consecuencia del mismo”. No obstante, las pensiones extraordinarias, tanto por incapacidad permanente como a favor de familiares, derivadas de acto de servicio son compatibles con la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵⁶. En este caso se comprende, además, todos los daños concurrentes, incluido el daño moral⁵⁷.

IV. LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

1. Los grados de la IP en la protección mutualista de la incapacidad

Además de la protección de la Incapacidad Permanente por el Régimen de Clases Pasivas el Mutualismo Administrativo también da protección a la situación de Incapacidad Permanente, y define grados en términos similares al Régimen General. Esta definición sólo tiene relevancia a efectos de la protección adicional que otorga, no incidiendo en modo alguno en la calificación de la Incapacidad Permanente y determinación de la cuantía de la pensión del Régimen de Clases Pasivas como ya hemos tenido ocasión de comprobar.

⁵⁵ En este punto existe uno de los elementos más problemáticos para los funcionarios con discapacidad. Y es que este resarcimiento que se les ofrece, tomar el haber regulador por el 200%, deviene en algo testimonial cuando se pone en conexión con la figura de los topes máximos de las pensiones. Ello es así porque, incomprensiblemente, al importe resultante de calcular la pensión sobre el 200% del haber regulador, se le aplica el tope máximo de las pensiones, con lo cual en muchas ocasiones, ése incremento ganado por sufrir una lesión en acto de servicio, se diluye y queda neutralizado por el tope máximo. Gran parte de la doctrina considera que debería ser uno de los supuestos excepcionales en los que no se aplica el tope máximo como ocurre con otras situaciones, en las que por interés general se opta legislativamente por admitir la excepción. GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997, pág. 408.

⁵⁶ Así lo ha admitido la Sala de Revisión del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de marzo de 1991. El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de febrero, de 1999, declara el valor normativo y la eficacia “erga omnes” de esa Sentencia al afirmar la compatibilidad de las pensiones previstas en el Art. 47 de la LCPE con la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, en base a la doctrina de reparación integral del daño causado, pues tal reparación no se consigue con la pensión extraordinaria ya que ésta es una evaluación apriorística del quebranto mínimo sufrido.

⁵⁷ Criterio que ha sido seguido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en numerosas sentencias: de 02/03/95, de 27/03/95, de 08/10/98, de 14/06/2001, 04/10/2001, de 13/03/2003, de 06/11/2003, de 16/10/2003, entre otras.

En el caso de MUFACE el artículo 23 de Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado⁵⁸, bajo la rúbrica “concepto y grados de la Incapacidad Permanente”, viene a reproducir casi literalmente las prescripciones al respecto de la Ley General de la Seguridad Social. Cambia el término “trabajador” por “funcionario”. La única excepción es que define la Gran Invalidez como una situación agravada de la Incapacidad Permanente Absoluta, lo indica que previamente ha de haberse calificado al funcionario como incapacitado. En el caso de la MUGEJU el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia⁵⁹, no regula la situación de Incapacidad Permanente, remitiéndose a su desarrollo reglamentario, estableciendo que tiene que hacerse con el mismo contenido y extensión que en el resto de los Regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos, tras establecer dentro del elenco de prestaciones las : c) Prestaciones recuperadoras por Incapacidad Permanente Total, Absoluta y Gran Invalidez, y para la retribución de la persona encargada de la asistencia al Gran Inválido; d) Indemnizaciones por lesión, mutilación o deformidad, de carácter definitivo no invalidante, originadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él⁶⁰.

El Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas⁶¹, no tiene un precepto similar al Art. 23 de la LSSFCE que defina la Incapacidad Permanente y los grados de la misma, si bien se refiere a éstos al regular las prestaciones. Este vacío se debe a que el ISFAS no tiene atribución alguna en orden a la declaración de la IP ni a la calificación del grado de la misma, que corresponde, en todo caso, a los Tribunales Médicos Militares o Civiles, según el caso, acatando dicha calificación y limitándose a reconocer y abonar las prestaciones a su cargo derivadas de la misma⁶². Tampoco MUFACE, a pesar de la minuciosa regulación sobre la IP en la LSSFCE y en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, tiene muchas atribuciones sobre la calificación del grado de incapacidad⁶³. De esta forma la calificación de la incapacidad permanente que se realice en el procedimiento de jubilación o, posteriormente en la revisión de la misma, de acuerdo con las normas que regulan los derechos pasivos, será vinculante para el Mutualismo Administrativo, que se limitará a reconocer las prestaciones a su cargo; sin embargo no se prohíbe que si en dichos procedimientos no se califica el grado de Gran

⁵⁸ En adelante LSSFCE.

⁵⁹ En adelante LSSPJA.

⁶⁰ LÓPEZ LORENZO, A., *La Protección Social de los Empleados Públicos*, cit., pág. 361-365.

⁶¹ En adelante LSSFA.

⁶² El Art. 22.3 de la LSSFA establece que “Corresponde a los Tribunales Médicos Militares y órganos médicos civiles competentes, según proceda, la calificación del grado inicial de incapacidad y al Instituto Social de las Fuerzas Armadas el reconocimiento y pago de la pensión de inutilidad para el servicio y de la prestación por gran invalidez”. No obstante, dice el número 4 del mismo precepto, que si el personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanente, no alcanza el grado de Incapacidad Permanente Absoluta requerido para acceder a la pensión por inutilidad para el servicio o, poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómicas o funcionales que originan la Gran Invalidez, podrá solicitar, si procede, obtener de los Tribunales Médicos Militares la revisión de su grado de incapacidad, una vez transcurrido el plazo de 3 años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no hayan alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa.

⁶³ Así lo establece el Art. 27 de la LSSFCE, que bajo la rúbrica “Revisión de las situaciones de incapacidad permanente” se limita a decir que: “1.- La calificación y, en su caso, la revisión de las situaciones de incapacidad permanente se llevarán a cabo de acuerdo con las normas que regulan el sistema de derechos pasivos y, cuando proceda, con las establecidas en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en ámbito de la Administración General del Estado, y surtirán efectos respecto a todas las prestaciones que pudieran derivarse de dicha situación. 2.- En los supuestos de incapacidad no previstos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, la calificación de aquella corresponderá a los órganos que determine el Reglamento General del Mutualismo Administrativo”.

Invalidez, la Mutualidad correspondiente pueda valorar nuevamente la situación y reconocerlo a efectos de otorgar la prestación a su cargo⁶⁴.

2. Prestaciones concretas

No todos los grados de Incapacidad Permanente definidos en el Art. 23 de la LSSFCE tienen protección mutualista, a salvo las prestaciones recuperadoras dirigidas a la rehabilitación profesional del funcionario cuando exista posibilidad de que así sea, que se establecen en términos similares al RGSS. La MUFACE, a pesar de los numerosos preceptos, en la Ley y en su Reglamento, dedicados a las definiciones de la Incapacidad Permanente, sus grados y conceptos relacionados con los mismos, sólo tiene establecidas la prestación por Gran Invalidez y las Indemnizaciones por lesiones no invalidantes derivadas de contingencias profesionales, por lo que la mayoría de esas disposiciones son escasamente relevantes y tienen una aplicación muy limitada. ISFAS, además de las prestaciones mencionadas, otorga una pensión complementaria por Incapacidad Permanente Absoluta. Por otra parte la Incapacidad Permanente para el servicio, equivalente a la Incapacidad Permanente Total del sistema de la Seguridad Social, sólo es contemplada a efectos de protección por la MUGEJU.

Teniendo en cuenta estas premisas las prestaciones otorgadas por el Mutualismo Administrativo son las siguientes: a. Prestaciones recuperadoras por Incapacidad Permanente, en el caso de MUFACE, MUGEJU e ISFAS. b. Prestaciones para la remuneración de las personas encargadas de la asistencia al gran inválido, para MUFACE, MUGEJU e ISFAS. c. Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él, en el caso MUFACE, MUGEJU e ISFAS. d. Pensión complementaria por Incapacidad Permanente para el servicio, en la MUGEJU. e. Pensión complementaria por Incapacidad Permanente Absoluta, en el ISFAS.

En el caso de la Prestación por Incapacidad Permanente para el Servicio se reconoce únicamente al personal al servicio de la Administración de Justicia incluido en el ámbito de aplicación de la MUGEJU. El funcionario en activo mutualista que, por disminución psicofísica o funcional, quede incapacitado para el desempeño de sus funciones y pase a la situación de jubilado, tendrá derecho, en concepto de invalidez permanente, hasta que cumpla la edad en que hubiera procedido su jubilación forzosa, a una prestación mensual equivalente al 20% de las retribuciones básicas ordinarias percibidas el último mes de activo, que se actualizará en igual porcentaje que el que, sucesivamente, se apruebe para las pensiones de Clases Pasivas del Estado. Se abonarán anualmente dos pagas extraordinarias del mismo importe que la prestación mensual que se reconozca, en los meses que se disponga para el personal activo⁶⁵.

⁶⁴ En este sentido hay que tener en cuenta que el Art. 104 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo dispone que, la Gran Invalidez es la situación en la que el mutualista jubilado por incapacidad permanente para el servicio se encuentra afectado por alguna de las siguientes circunstancias: a. La pérdida total de la visión de ambos ojos. b. La pérdida anatómica o funcional, total o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o de las dos inferiores, conceptuándose como partes esenciales el pie y la mano. c. Cualquiera otra pérdida anatómica o funcional que comporte la necesidad del mutualista de ser asistido por otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

⁶⁵ Se regula en el Art. 71 del Reglamento de la Mutualidad General Judicial, en la redacción dada por el Real Decreto 2132/1986, de 19 de septiembre Esta pensión complementaria, consistente en 14 pagas anuales por el importe que resulte de aplicar el 20% a las retribuciones básicas (sueldo base y trienios) que estuviera percibiendo el funcionario en el momento de ocurrir el hecho causante, se abonará a todos los jubilados por Incapacidad Permanente incluidos en MUGEJU, cualquiera que sea el grado de dicha incapacidad y del riesgo, profesional o común, que la hubiere causado, si bien se extingue al cumplir el beneficiario la edad establecida para su jubilación forzosa (ventaja, por tanto, para los que la tienen establecida a los 70 años de edad con respecto a los que la tienen fijada a los 65 años). No obstante, esta pensión, aunque la norma mutualista no diga nada, tiene la consideración de pensión pública, y queda sometida a las normas sobre topes máximos y concurrencia de pensiones, siendo, además, las que se reducen en primer lugar según las Leyes de Presupuestos.

Sobre la Prestación de inutilidad para el servicio se reconoce únicamente al personal militar o civil incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas gestionado por el ISFAS por lo que para su estudio se remite al capítulo correspondiente de esta obra. En los casos en los que el incapacitado sea calificado como gran inválido, tiene el derecho a percibir de su Mutualidad, MUFACE, MUGEJU o ISFAS, una prestación adicional a la que tuviera en su caso destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia. En el caso de MUFACE el Art. 26 de la LSSFCE, establece que la Gran Invalidez originará la jubilación del funcionario y dará derecho a una cantidad mensual equivalente al 50% de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo al Régimen de Clases Pasivas, tanto si es ordinaria como extraordinaria, destinada a remunerar a la persona encargada del gran inválido⁶⁶. En el caso del ISFAS nos remitimos al capítulo correspondiente.

En el caso de MUGEJU el Art. 98 del Reglamento del Mutualismo Judicial de 2011 establece que la prestación de Gran Invalidez en este régimen se configura como un complemento a la prestación por Incapacidad Permanente para el servicio que otorga la MUGEJU, a la que nos hemos referido en un apartado anterior. El mutualista que siendo perceptor de la prestación establecida en concepto de invalidez permanente, sea declarado gran inválido, tendrá derecho, desde que lo solicite, a una prestación vitalicia constituida por la inicialmente citada, a la que se adicionará una cantidad mensual equivalente al 40% de las retribuciones básicas ordinarias percibidas el último mes en activo, que se actualizará con los porcentajes aprobados para las pensiones de Clases Pasivas, y se percibirá en doce mensualidades ordinarias y dos extraordinarias, en los meses que se disponga para el personal en activo.

V. CONCLUSIONES

La protección de la Discapacidad en el ámbito de la función pública se caracteriza por la fragmentariedad y dispersión normativa que afecta a todo su ámbito de aplicación. Esta fragmentariedad no es meramente formal o aparente sino que establece una gradación de colectivos en los que las diferencias a la hora de determinar el régimen protector pueden ser notables. De partida se advierte la existencia de una tipología múltiple de funcionarios o empleados públicos en función de que se reconozca el acceso al reconocimiento de prestaciones por incapacidad dentro del Régimen General o bien se realice dentro del tradicional y anacrónico régimen de Clases Pasivas, que está llamado a extinguirse, ya que los funcionarios de nuevo ingreso, a partir del año 2011, ya no tienen derecho al reconocimiento de sus prestaciones.

Sin embargo, este planteamiento es sólo entendible para el supuesto de las pensiones de incapacidad, pero no todas las prestaciones se pueden reducir a un carácter permanente o vitalicio, sino que también existe un sistema complementario de protección que viene constituido por el Mutualismo Administrativo. Esta situación complica en mayor medida la situación porque plantea la paradoja, como es el caso de los funcionarios de nuevo ingreso, a partir del año 2011, que no teniendo posibilidad del reconocimiento de las pensiones dentro del régimen de Clases Pasivas, sí que pueden acceder a las prestaciones del Mutualismo Administrativo, aunque la pensión se le hubiese reconocido

⁶⁶ El Art. 106 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo concreta que el gran inválido tendrá derecho a una prestación económica de carácter mensual, incluidas dos pagas extraordinarias al año, a cargo de la MUFACE, equivalente al 50% de la pensión que le corresponda con arreglo a la cantidad íntegra que se acredite en nómina por el Régimen de Clases Pasivas en cada momento, lo que implica su actualización automática. No obstante, cuando la pensión del Régimen de Clases Pasivas hubiese sido disminuida por concurrencia con otras pensiones públicas, para determinar el importe de la pensión por Gran Invalidez, se tomará como base la que corresponda en cada momento al mutualista como pensión de dicho régimen, unilateralmente considerada, teniendo en cuenta que ésta nunca podrá superar el límite máximo establecido para las pensiones públicas en las correspondientes Leyes de Presupuestos, es decir, la base para el cálculo del 50% nunca podrá superar la pensión máxima establecida para cada año.

por el Régimen General. En consecuencia, la diversidad llega a unos extremos no semejantes a los de ningún otro colectivo dentro del sistema de protección.

Es más, dentro de esta protección complementaria se produce una trifurcación, que provoca diferencias sustantivas en cuanto al reconocimiento de prestaciones y las formas en las que se desarrollan, entre los Funcionarios Civiles del Estado, el Personal de Administración de Justicia y el Personal de las Fuerzas Armadas. A su vez, dentro del sistema de Clases Pasivas, se pueden distinguir entre prestaciones ordinarias y extraordinarias no equiparables a las del Régimen General en la mayoría de sus aspectos, que incluso desde el punto de vista terminológico manifiestan esta enorme diferenciación técnica al ser consideradas prestaciones por jubilación o retiro para supuestos de incapacidad.

De todo esto se deriva un marasmo normativo y regulador diferenciado con principios y reglas que en algunos casos se podrían considerar opuestos a los establecidos por el propio Sistema de Seguridad Social en la medida en que inciden en la falta de universalidad y generalidad del mismo. Ello no hace sino perpetuar agravios comparativos de forma indistinta, tanto en lo que beneficia como en lo que perjudica a unos frente a otros incapacitados. Y, si bien, se han iniciado procesos homogeneizadores, estos se han planteado de forma restrictiva, salvo el caso de la integración de los funcionarios de la administración local, inspirados por la lógica de la racionalidad económica pero no como un intento decidido de racionalización y de cohesión dentro de un sistema único de Seguridad Social. Por todo ello, a estos regímenes protectores de la incapacidad se les puede considerar todavía como regímenes externos al sistema que perpetúan el carácter anacrónico y disperso de un modelo de protección de la incapacidad anclado en parámetros que hunden sus raíces en las décadas centrales del siglo veinte.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL M.R. y GONZÁLEZ ÓRTEGA: *Las pensiones de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid, Fundación Mapfre, 1988.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Albacete, Bomarzo, 2006.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- CORTÉS ALCALÁ, E., «Reflexiones sobre el modelo de pensiones para la protección de la discapacidad del personal de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Aspectos económicos y tributarios», en *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, Granada, Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), 2014.
- DE LA VILLA GIL, L.E., «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.
- GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997.
- GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas antes los sistemas privados de pensiones de retiro», *Revista Derecho Social*, núm. 25, 2004.

- LÓPEZ LORENZO, A., *La Protección Social de los Empleados Públicos*, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2007.
- MALDONADO MOLINA, J.A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Madrid, MTAS, TGSS, 2002.
- MALDONADO MOLINA, J.A., «Dependencia y Sistema de Seguridad Social», en VV.AA., *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014.
- MALDONADO MOLINA, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *Revista de Historia Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, núm. 105, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.; MALDONADO MOLINA, J.A.; GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Madrid, Tecnos, 2014.
- RUMÉU DE ARMAS, A., *Historia de la Previsión Social en España*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- VIDA SORIA, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963.
- VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA (Dirs.), Granada, Comares, 2002.
- VV.AA., *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, MONEREO PÉREZ y CASTILLO BLANCO (Dirs.), Granada, Comares, 2015.