Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

14. LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DE MILITARES Y GUARDIAS CIVILES

Juan Antonio Maldonado Molina
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

I. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

En el mundo militar siempre ha estado presente un sentimiento de justicia para los que sufrieron la pérdida de su capacidad en acto de servicio. Se trata, no solo de un reconocimiento al cumplimiento de un deber, sino de un mecanismo para motivar, que así expondrán su integridad con la confianza de que si algo les sucediere, no quedaría en balde ese sacrificio[1].

Ésta ha sido una constante histórica, aunque el reconocimiento ha evolucionado en intensidad y extensión. Paradójicamente, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho, si se echa la vista atrás comprobamos que localizamos en el pasado mayores muestras de reconocimiento que en los últimos treinta años, hasta 2015 (año en el que se observa un nuevo cambio de rumbo), aunque no obviamente en lo económico, nos referimos a las posibilidades de integración laboral. Si revisamos nuestra Historia militar, nos encontraremos tanto con que algunos de los grandes personajes de la misma tenían una discapacidad, como que han existido desde antiguo mecanismos institucionales para recompensar a los militares que quedaban inválidos, mutilados o con alguna discapacidad (usando la terminología actual).

Así, hay figuras (leyendas de nuestra Historia) que además de grandes militares eran personas con discapacidad. Sus hazañas hubieran sido imposibles hoy, porque hubieran pasado a la situación de retiro. Son dos los ejemplos que referiremos en el ámbito castrense; y un tercero en el literario. Respecto de los primeros, es obligado recordar a D. Blas de Lezo y Olavarrieta: "cojo, manco y tuerto" a la par que Teniente General de la Armada, entre cuyas gestas está la épica defensa de Cartagena de Indias frente a una potente escuadra de la Armada inglesa[2]. Igualmente, otro "cojo, manco y tuerto" e ilustre militar fue D. José Millán-Astray y Terreros, que hace ahora un siglo (en 1920) creó el "Tercio de Extranjeros" (posteriormente llamada Legión Española), y más adelante promotor también del Cuerpo de Caballeros Mutilados por la Patria, en 1937.

La tercera figura que queremos rememorar no es estrictamente castrense, aunque sí es uno de los símbolos de soldados españoles discapacitados en acto de servicio: el "manco de Lepanto", uno de los calificativos con los que se conoce a nuestro más universal escritor, D. Miguel de Cervantes Saavedra. Nuestro más ilustre escritor, pese a perder su mano izquierda en esa batalla, la tenía presente como una gran epopeya[3]. Y también recordó Cervantes la situación de los soldados con discapacidad

[1] Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *Revista de Historia Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, núm. 105, 2016, pág. 26.

[2] En palabras de Pérez-Foncea, (*El héroe del Caribe*, Ed. Libros Libres, Madrid, 2012), pocos hombres en la historia de España han hecho tanto por su patria y, sin embargo, han caído en tan triste e incomprensible olvido, como el Almirante Blas de Lezo. Un breve relato de su vida y la batalla de Cartagena de Indias, *vid.* Rojo Pinilla, J.A., *Cuando éramos invencibles*, El Gran Capitán Ediciones, Madrid, 2015, págs. 135-138, y 198-203.

[3] En *El licenciado Vidriera* señala que si es manco no se debe a una vulgar riña de taberna, "*sino en la más alta ocasión que vieron los siglos pasados, los presentes, ni esperan ver los venideros". Cfr.* Fernández Nieto, M., «Sobre el Prólogo de la Segunda Parte de El Quijote», *Revista de Historia Militar*, núm. Extra, 2015, pág. 19.

en el Quijote, donde aconsejaba el Ingenioso Hidalgo a un paje que quiere alistarse en una Compañía de Infantería:

"Y advertid, hijo, que al soldado mejor le está el oler a pólvora que algalia, y que si la vejez os coge en este honroso ejercicio, aunque sea lleno de heridas y estropeado o cojo, a lo menos no os podrá coger sin honra, y tal, que no os la podrá menoscabar la pobreza; cuanto más, que ya se va dando orden cómo se entretengan y remedien los soldados viejos y estropeados (...)" (Quijote, II, cáp. XXIV)

Soldados viejos y estropeados. Una expresión totalmente alejada de los actuales eufemismos, y que con orgullo vienen usando hoy los militares españoles con discapacidad a través de la Asociación que los representa (Asociación española de Militares y Guardias Civiles con Discapacidad, ACIME)[4], dando nombre a su Revista[5], Asociación que tiene como socio de honor a Cervantes.

Junto con personalidades extraordinarias de la Historia Militar española con discapacidad, hay que referirse a los mecanismos que desde antiguo han servido para reconocer y recompensar a los militares con discapacidad. Sin remontarnos a hitos anteriores a la formación del Estado español (entre los que habría que aludir a la formación de la ciudad de Mérida[6] o las Partidas de Alfonso X[7]), queremos aludir a los siguientes, aunque advirtiendo de antemano que ninguna norma protegió a los inválidos de forma continua y efectiva[8].

El auxilio a los soldados envejecidos e inválidos (riesgos que se confundían y subsumían en una sola categoría) ha sido históricamente una de las primeras manifestaciones de cobertura de la ancianidad por el Estado, al preocuparse por la situación en que quedaban sus servidores y las consecuencias que para la seguridad y el orden público podía tener, amén del desánimo y desasosiego que producía entre las milicias su incierto futuro[9]. Por ello, las primeras pensiones establecidas para el Estado han estado orientadas al empleo público, y dentro de este colectivo el de la milicia. En palabras de DE LA VILLA, "el oficio de militar ha servido de estímulo para el establecimiento de medidas de protección social"[10].

Carlos V creó la primera unidad integrada por soldados inválidos. Y para algunos incluso llegó a otorgarse el retiro en sus casas "con pleno goce de su paga" para varios soldados de la Guardia

[4] ACIME es un acrónimo, cuyo origen son las siglas correspondientes a la antigua Asociación Cultural de Inválidos Militares de España. La Asociación Española de Militares y Guardias Civiles con Discapacidad se creó en 1989 para la defensa de los intereses de todos los que a partir de la promulgación de la Ley 50/1984 quedaron desprotegidos al no poder ingresar en el Cuerpo de Mutilados, a consecuencias de sus heridas o lesiones sufridas en acto de servicio.

[5] http://www.acime.es/index.php/revista

[6] El topónimo de Mérida deriva del latín *Emerita Augusta*, con un significado de jubilada o veterana, nombre que tiene su razón de ser en que cuando el emperador Augusto la fundó en el año 25 a. C., lo hizo para que se instalaran sus soldados veteranos o eméritos.

[7] Dentro de las Siete Partidas, la Ley I del Título XXV de la II Partida fijó indemnizaciones ("enchas", en castellano medieval), que debían recibir los hombres por los daños sufridos en las guerras. *Cfr.* Puell de la Villa, F, «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 2014, pág. 124; Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978). De la Ley de Partidas al ISFAS*, ISFAS, Madrid, 2008, págs. 30 y ss.).

[8] Viñes Millet, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar*, núm. 52 1982, pág. 80.

[9] Maldonado Molina, J.A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS, TGSS, Madrid, 2002.

[10] De La Villa Gil, L.E., «Prefacio» a Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, *cit.*, pág. 7.

Española, en 1583[11]. Las primeras pensiones con esta finalidad se sitúan a finales del siglo XVI[12]. En este sentido, es de subrayar al ilustre Cristóbal Pérez de Herrera, médico militar que, recoge un proyecto de seguro para la invalidez y vejez en beneficio de la "*clase militar"*[13], «*para que los soldados viejos, marineros, pilotos y artilleros y otros jubilados por estropeados o vejez, vivieran asegurados y consolados*», fundando una casa «a donde acudan y se reciba a todos los inútiles y estropeados en la guerra o que por vejez no puedan estar en el servicio», proyecto presentado a Felipe II, aunque nada se hizo[14]. Pero eran más planteamientos teóricos que realidades. En España, Felipe IV instauró la primera pensión con carácter general en 1632, prevista para los militares que quedara impedido por vejez, enfermedad o heridas, siempre que hubiese prestados dieciséis años de servicio activo, o diez combatiendo ininterrumpidamente[15].

La aparición de los Montepíos también se liga a la protección social de las milicias. Así, con la Ilustración se desarrolló una intensa campaña contra las cofradías y hermandades[16], convirtiéndose estas entidades de previsión en Montepíos, que no eran sino hermandades de socorro de carácter laico, vigiladas y controladas por el Estado, sin atender a los fines religiosos. Ésta es la razón de que los primeros Montepíos se crearan por iniciativa oficial para los empleados del Estado, siendo el primero de ellos el Montepío Militar, fundado en el año 1761. No obstante, la acción protectora que otorgaban era limitadísima, restringiéndose a la mera protección de la viudedad y orfandad de los familiares de los funcionarios[17].

En el siglo XVIII se constituyeron unas unidades específicas integradas por militares que hubieran sufrido una invalidez (Compañías, Batallones y finalmente Regimientos de Inválidos)[18], en un proceso que culminaría en el siglo XIX con la creación del Cuerpo de Inválidos. Las funciones a las que se asignaban eran custodia de fortalezas y sitios reales, y mantenimiento del orden ciudadano. Desde la creación de este Cuerpo hasta su extinción, durante la II República, transcurre casi un siglo. Dentro de esta etapa, la principal reforma tuvo lugar en 1926 se dictan algunas de las bases de la reorganización del Cuerpo, que pasaría a denominarse Cuerpo de Inválidos Militares[19], y que como principales novedades pasa a diferenciar los inválidos de guerra de los inválidos en el servicio, excluyendo en cualquier caso a los discapacitados por enfermedad. Otros aspectos a destacar son que extendió la cobertura a las Fuerzas de Orden Público.

---

[11] Viñes Millet, C., *op. el loc. cit.* (nota número 3).

[12] Un análisis más detallado, en Puell de la Villa, F, «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», *op. cit.*, págs. 125 y ss.

[13] En su obra *Discursos para el amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos; y de la fundación y principio de los albergues destos reinos; y amparo de la milicia dellos* (1598).

[14] Viñes Millet, C., *op. cit.,* pág. 82.

[15] Puell de la Villa, F, «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», *op. cit.*, pág. 126. Ese mismo año se crearon sesenta plazas que pudieran ocupar soldados impedidos o en extremo ancianos (Viñes Millet, C., *op. cit.*, pág. 82).

[16] Ruméu De Armas, A., *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, págs. 389-401.

[17] Sobre estos montepíos pueden encontrarse más datos en De La Villa Gil, L.E., «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, págs. 128-129, especialmente en las anotaciones a pie de página.

[18] El 23 de marzo de 1717 se dicta una orden que habla de la formación de Batallones de Inválidos que habrían de estar compuestos por compañías. Se reguló igualmente el sueldo y retribución que percibirían. *Cfr.* Web de ACIME: http://www.acime.es/index.php/asociacion/historia/cuerpo-de-invalidos; Viñes Millet, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar*, núm. 52 1982, págs 79-116.

[19] Real Decreto de 6 de febrero de 1929, dictando bases para la reorganización del Cuerpo de Inválidos. In extenso, *vid.* Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, *cit.* págs. 185 y ss.

Con la II República se reabrió el debate sobre la adecuación de esta institución al momento histórico, concluyéndose que era una figura que respondía a "planteamientos decimonónicos, cuando no dieciochescos, y reclamaba una reforma tan profunda como la realizada en tiempos de Primo de Rivera"[20]. Y se optó por extinguir el cuerpo, lo que ocurrió por Ley de 15 de septiembre de 1932. Sin embargo, las consecuencias de la Guerra civil hicieron necesario volver a retomar un Cuerpo de estas características. En enero de 1937, se creó la Dirección de Mutilados, a la que se encargó organizar el llamado "Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria", a los que reconoció el derecho a percibir indemnizaciones y pensiones en función de su minusvalía. Se mantuvo en esencia con esa estructura hasta 1976, que tuvo lugar una reforma simbólica, consistente en incorporar a los militares y excombatientes republicanos.

El final de este Cuerpo tiene lugar en 1985, al cerrarse la puerta a nuevas incorporaciones, aunque se mantendría para los lesionados antes de 1 de enero de 1985. Este período de transición se mantendría hasta 1989, año en el que quedó definitivamente suprimido. Todos sus componentes, excepto los oficiales generales, debían pasar a situación de retirados. Se ponía fin a la integración laboral que había servido durante décadas en nuestras Fuerzas Armadas, ayudando al reconocimiento moral de los damnificados en acto de servicio.

En los últimos años se está produciendo un giro importante. Se ha avanzado considerablemente, aunque queda mucho por recorrer. El impulso, formalmente, ha venido por los instrumentos internacionales en materia de discapacidad. No obstante, muchos de esos derechos globales de las personas con discapacidad no encajan en el derecho a la reparación, dando lugar a intentos baldíos de construir la integración laboral de los militares discapacitados en base al Derecho de la Discapacidad. Ese Derecho debe ser un apoyo, pero no la base fundamental. Realmente, los pilares están en el Derecho a la Reparación (y en el Derecho Internacional Humanitario)[21].

II. EL FUNDAMENTO: EL DERECHO DE REPARACIÓN

El que una persona asuma una profesión en la que hay inherentes unos riesgos, no puede implicar que no corresponda una compensación en caso de que ese potencial riesgo se actualice y sufra unos daños. El Estado no puede desresponsabilizarse. Al contrario, es con los servidores públicos que entregan su integridad y hasta la vida con los que debe prestarles una atención y protección especialmente intensas[22].

La noción de reparación para los miembros de las Fuerzas Armadas "entronca con los principios más elementales de justicia"[23], y se liga al llamado "Derecho de Ginebra", que tuvo como una de sus manifestaciones más conocidas la creación de la Cruz Roja, y que de forma amplia conforman el Derecho Internacional Humanitario[24].

[20] Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978)*, *cit.* pág. 193.

[21] Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 30.

[22] Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 31.

[23] Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, *cit.*, pág. 76.

[24] Hay que estar a los Convenios de Ginebra de 1949: I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, que supuso un gran paso al abarcar los conflictos armados no internacionales. *Vid.* https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm

También hay que estar a la concepción "ciudadano de uniforme", conforme a la cual hay que armonizar el cumplimiento del deber con el mantenimiento de los derechos y libertades de los militares en el marco de un orden democrático. En esta línea, se aprobó el Código de Conducta de la OSCE sobre Aspectos Político-Militares de Seguridad, aprobado en 1994 y en vigor desde 1995[25], en 2008 se publicó un *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas*, en el que se desarrolla este enfoque de los derechos humanos y fuerzas armadas, y la noción de "ciudadano en uniforme"[26].

Pues bien, partiendo de este marco teórico, hay que entender que "cuando el ciudadano de uniforme adquiere una discapacidad, mantiene intactos no sólo los derechos humanos que le asisten como tal, sino también toda una serie de capacidades, valores y competencias que la sociedad no se puede permitir desaprovechar y que los Estados están obligados a proteger, promover y garantizar en un ejercicio de responsabilidad para con ellos"[27].

Por tanto, los militares con discapacidad sumarán dos tipos de estatus[28]. El que como ciudadano con discapacidad le correspondería, lo que en determinadas ocasiones se lleva a cabo simplemente con una traslación de mecanismos de protección comunes al ámbito militar[29]. Y uno *extra*, derivado de la protección que les debe el Estado por su responsabilidad para con ellos, que se concretará en un derecho de reparación integral. Este plus de cobertura no implica un trato discriminatorio respecto de las demás personas con discapacidad, sino que –tal como reconoce la OSCE– el que todos los Estados concedan ciertos derechos sociales y económicos al personal de las fuerzas armadas que difieran de los concedidos a otros empleados públicos o civiles "es debido al hecho de que la profesión militar está sujeta a riesgos y demandas específicos que tienen un impacto en la salud y seguridad de los militares"[30].

Esta reparación integral conllevará[31]:

— El reconocimiento de los servicios prestados, lo que versaría sobre recompensas y ascensos honorarios.

— La rehabilitación, tema que incluiría la atención integral de la persona con discapacidad, lo que abarca desde la asistencia sanitaria como la atención psicológica, pasando por jurídica y social.

[25] Sobre estas dos ideas, Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», *op. cit.*, págs. 79 y 78.

[26] Leig, I y Born, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, OSCE, 2008. Para su consulta en inglés, http://www.osce.org/odihr/31393. Traducido al español, *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas* http://www.dcaf.ch/Publications/Handbook-on-Human-Rights-and-Fundamental-Freedoms-of-Armed-Forces-Personnel.

[27] Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», *op. cit.*, pág. 82.

[28] Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 32.

[29] Así, un ejemplo lo encontramos en el respeto que las FAS deben tener de los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y si Inclusión Social, de 29 de noviembre de 2013. En este sentido, Cabra de Luna, M.A., «Grado de Transversalidad de la Convención en el Derecho Militar», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar*, *cit.*, págs. 18 y 19.

[30] Leig, I y Born, H., *Manual sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sobre el Personal de las Fuerzas Armadas*, *cit.*, pág. 227.

[31] En esta línea, Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», *op. cit.*, pág. 84.

— La *restitutio in integrum*, lo que en este ámbito significaría la recolocación del militar discapacitado en alguna unidad compatible con su nuevo estado, siempre que fuese posible

— La compensación económica, distinta según la causa y grado de incapacidad, pero que podría incluir desde indemnizaciones por daños y perjuicios, hasta las habituales pensiones de retiro (sistema de clases pasivas) o incapacidad permanente (Régimen General de la Seguridad Social), pensiones ordinarias y extraordinarias, de forma que si el importe trata de compensar el sacrificio derivado del acto de servicio, debe hacerse efectivo ese reconocimiento económico (cosa que –como veremos *supra*, no ocurre en la actualidad).

El no reconocimiento de estos derechos, el "abandono institucional"[32], conlleva un aumento innecesario del daño producido, agravando el daño psicológico. El Estado es responsable como tal, y como empleador, sin que la asunción de esa responsabilidad implique culpa o negligencia.

Todas estas cuestiones que conforman el derecho a la reparación son las que pasaremos a analizar a continuación, si bien dejaremos fuera de nuestro estudio el reconocimiento honorífico por la pérdida de capacidad en acto de servicio (recompensas, empleos superiores con carácter honorífico, y el apoyo a la discapacidad dentro de las Fuerzas Armadas), al ser cuestiones internas de la organización militar[33].

III. INTEGRACIÓN LABORAL DEL PERSONAL MILITAR DISCAPACITADO

1. Consideraciones generales

Analizar el impacto de la discapacidad en el empleo y en la inclusión laboral del personal militar exige partir de que nos estamos moviendo en un ámbito cuyas reglas en esta materia son diametralmente distintas de las habituales del empleado público. Así, en este último ámbito, hablar de medidas para la inclusión social de personas con discapacidad es una cuestión que suele conducir especialmente a las reglas que buscan incrementar la tasa de empleo de dicho colectivo; y en menor medida la adaptación del puesto durante el desarrollo de la actividad profesional. Sin embargo, en el caso del personal militar, esta preocupación no es que se invierta, sino que es inexistente en el acceso al empleo, y solo excepcional en lo relativo al mantenimiento dentro de las FAS del empleado que de manera sobrevenida sufre una discapacidad[34].

La normativa española no contempla de forma decidida el derecho el personal militar que sufra una discapacidad sobrevenida al mantenimiento de la actividad dentro de las Fuerzas Armadas (FAS), con la adaptación al puesto que corresponda. Sí se prevé, pero como una posibilidad (desde 2007), no como un derecho. Lo que sí se recoge de forma más decidida (sobre todo desde 2015) es la vinculación honorífica. Junto a estas dos vías de mantenimiento del vínculo, hay una tercera que realmente no entra dentro de la política de inclusión laboral, que sería el ascenso con carácter honorífico, ya estudiado anteriormente en relación con el reconocimiento de la incapacidad derivada de acto de servicio.

[32] Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», *op. cit.*, pág. 86.

[33] Sobre las mismas, nos remitimos a Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, págs. 33 a 40.

[34] Maldonado Molina, J.A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 2014, pág. 185.

2. La recolocación de los militares con discapacidad

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, distingue dos tipos de insuficiencia de condiciones físicas resultantes del expediente de aptitud psicofísica: insuficiencia reversible, e insuficiencia presumiblemente definitiva o de larga duración (más de doce o seis, según estemos, respectivamente, ante militar de carrera o temporal)[35], que es la que nos ocupa.

Pues bien, en caso de sufrir una insuficiencia de condiciones de carácter definitivo, se procederá a cesar al afectado de su destino (art. 121.2) y mantendrá la misma situación administrativa hasta la finalización del referido expediente. Esta insuficiencia puede ser de un doble alcance: bien para ocupar determinados destinos; bien para cualquier destino. Según nos encontremos en uno u otro supuesto, las medidas de integración laboral son distintas. Coincidente con esta estrategia, el Plan integral de apoyo a la discapacidad en las Fuerzas Armadas de 2015, dentro de sus objetivos específicos incluye el "promover el adecuado desarrollo de la actividad profesional", para lo que se contempla una doble línea de actuación:

— Por un lado, facilitar la reorientación de la carrera profesional en el caso del personal militar con discapacidad que permanece en las FAS con limitación para ocupar determinados destinos.

— Por otro, favorecer el acceso a la formación previa y a puestos de trabajo en el sector civil para aquellos militares que como consecuencia de su discapacidad han pasado a retiro o han causado baja en las FAS.

En consecuencia, debemos diferenciar tres posibilidades: reasignación de destino; vinculación honorífica; e incorporación fuera de las FAS.

2.1. Insuficiencia para determinados destinos: reasignación de destino

El artículo 120 de la Ley 39/2007, señala que podrá iniciarse un expediente para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a efectos de la limitación para ocupar determinados destinos según las exigencias que figuren en las relaciones de puestos de militares. En tales casos, se les garantizará el principio de igualdad de trato en los destinos a los que puedan acceder. El artículo finaliza señalando que reglamentariamente se establecerán los medios y procedimientos para que puedan seguir desarrollando su carrera militar, reorientando, en su caso, su perfil profesional con la enseñanza de perfeccionamiento que sea necesaria y adecuada, y que en la configuración de las condiciones y métodos de trabajo en los destinos a los que tengan acceso, se adoptarán las medidas que permitan la eliminación de toda discriminación o desventaja.

En este mismo sentido, la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas contempla dos supuestos: uno en el que busca recolocar al militar en otro destino; y otro el que lo sitúa fuera del ámbito castrense. Respecto del primero (que es el que sistemáticamente nos interesa ahora), hay que estar al artículo 20, un precepto "misceláneo", en el que de forma secundaria (bajo el devaluado calificativo de "otros derechos") contempla la asignación

[35] Artículos 121.2 y 3 Ley 39/2007, respectivamente. Téngase en cuenta la precisión introducida por la Ley 46/2015, señalando que en orden a estos plazos, se computarán los periodos de recaída, entendida que existe cuando el afectado cause baja para el servicio nuevamente en un plazo inferior a seis meses y sea consecuencia del mismo proceso patológico, y que, por tanto, no se inicia un nuevo periodo de insuficiencia temporal (art. 121.4 Ley 39/2007).

del personal dentro de las FAS recolocación[36]. En efecto, bajo la rúbrica "Información, cometidos y otros derechos", se limita a indicar que: "al militar que se le reconozca una incapacidad que conlleve una limitación para ocupar determinados destinos, se le garantizará el principio de igualdad de trato en los destinos a los que pueda acceder" (núm. 4).

2.2. Insuficiencia para todos los destinos: vinculación honorífica

Si lo solicita, mantendrá una especial vinculación con las FAS, mediante su adscripción a la unidad militar que elija, previa conformidad del Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, y podrá asistir a los actos y ceremonias militares en los que ésta participe (arts. 115 y 121.4 Ley 39/2007), pero como militares retirados. Se posibilita un puesto testimonial, pero solo si la insuficiencia de condiciones psicofísicas es ocasionada en acto de servicio.

En desarrollo de esta medida, y solo para militares ya cesados en su relación con las FAS, se dictó la Orden Ministerial 16/2012, de 14 de marzo, por la que se regula la adscripción de personal militar a unidades del Ministerio de Defensa en especiales circunstancias[37]. Es una Orden cuyo campo de aplicación es limitadísimo (y que se dictó con motivo de un caso singular)[38], ya que no solo es para el personal cesado por insuficiencia de condiciones físicas, sino que además se restringe al que perdiera la capacidad en acto de servicio, y no en cualquier acto de servicio, sino acto de servicio en el exterior y solo si hay una relación de causalidad directa[39]. Para estos supuestos se permite que excepcionalmente ocupen tareas de apoyo administrativo, pedagógicas (en su caso, apoyo a la instrucción), culturales, relaciones institucionales, investigación y estudio (art. 1.2 Orden 16/2012), supuestos más amplios que los de la mera participación en actos protocolarios[40].

La Ley 46/2015, de 14 de octubre, modificó la Ley de la carrera militar en este extremo, añadiendo un precepto: el artículo 24 bis, intitulado "Vinculación honorífica con las Fuerzas Armadas", cuyo ámbito subjetivo es sustancialmente distinto del previsto en la Orden 16/2012, por lo que entendemos que no es de aplicación desde su entrada en vigor (ni lo relativo al procedimiento ni las funciones a desarrollar).

Conforme al mismo, la vinculación honorífica con las FAS requiere de tres circunstancias:

a) Que el retiro o resolución del compromiso se deba a incapacidad permanente

b) Que dicha incapacidad se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo

[36] Maldonado Molina, J.A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», *op. cit.*, pág. 186.

[37] Boletín Oficial del Ministerio de Defensa (BOD) núm. 52, de 15 de marzo de 2012.

[38] El origen de esta norma podría situarse en el caso de un Teniente que sufrió una amputación en un ataque en Afganistán (Ludina, junio de 2011), y que tras su recuperación mostró en numerosas ocasiones su voluntad de reincorporarse al Regimiento de Infantería Soria 9 (incluso en la prensa, con el consiguiente efecto mediático), cosa que gracias a esta Orden finalmente conseguiría, ya como Capitán.

[39] Su artículo 2 solo lo contempla para cuando la insuficiencia de condiciones físicas esté ocasionada en algunas de las cuatro circunstancias siguientes: a) En un acto de servicio en relación de causalidad directa con una acción encomendada en el seno de una operación militar en el exterior; b) Preservando la seguridad y el bienestar de los ciudadanos en situaciones de emergencia, grave riesgo o catástrofe; c) En otras circunstancias excepcionales; d) Como consecuencia de acto terrorista.

[40] *Cfr*. Instrucción 65/2009, de 20 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se regula la adscripción del personal militar a unidades de las Fuerzas Armadas, estableciendo su procedimiento de vinculación a unidades, centros y organismos militares.

c) Que concurran "especiales circunstancias"

Esta última exigencia es la más ambigua y compleja, al estar indeterminada. No obstante, el número 2 del precepto prevé que por Orden del Ministro de Defensa "se determinarán las especiales circunstancias mencionadas". Hasta que se dicte dicha Orden, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado.

En cuanto a los efectos de dicha vinculación honorífica, son dos:

— por un lado, la adscripción del interesado a la unidad que se determine

— por otro (si procede), la concesión de sucesivos empleos con carácter honorífico con los límites y en las condiciones que, en función de su participación y colaboración con la unidad de adscripción, se establezcan por orden del Ministro de Defensa

En ningún caso (al igual que vimos que sucedía con los ascensos honoríficos del artículo 24), tendrá efecto económico alguno, ni supondrá modificación de la pensión que como retirado perciba el interesado.

Respecto al procedimiento, a diferencia de los ascensos honoríficos, éste se inicia a instancia de parte, y la concesión corresponde al Ministro de Defensa. Ahora bien, a la hora de fijar el primer empleo honorífico, la Ley se remite al procedimiento previsto para los ascensos honoríficos, por lo que la propuesta de empleo honorífico debe partir del Ministro de Defensa, y la concesión estará a cargo del Consejo de Ministros. Para los sucesivos empleos, el procedimiento se simplifica, y la iniciativa partirá del JEMAD y de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, concediéndolo el Ministro de Defensa.

2.3. Programas de incorporación fuera de las FAS

La LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, avanza algo más, pero insuficientemente, al prever no solo la reincorporación en otros destinos si la insuficiencia es para un destino, sino que trata de abrirles las puertas en otros empleos (públicos o privados), pero sin que se haga un reconocimiento de derechos. Simplemente se recoge un principio de actuación, un mandato, al Ministerio de Defensa.

Esta vía se prevé en el artículo 32 (titulado "Acciones complementarias"), que señala "se ofrecerán a los miembros de las Fuerzas Armadas programas de incorporación a otros ámbitos laborales acordes con su empleo, titulaciones, años de servicio e intereses profesionales. Dichos programas se implantarán por el Ministerio de Defensa en colaboración con las distintas Administraciones Públicas y con el sector privado y se desarrollarán durante la vida activa del militar" (núm. 3).

3. Condicionantes a la vista del derecho social de la Unión Europea

El artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»[41].

[41] Como concordancias de este precepto hay que referirse al artículo 21 de la misma Carta, que prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad; y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por

Su concreción en materia de empleo es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tiene por objeto luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Pues bien, contempla excepciones a esta regla general de prohibición de discriminación. Se admiten diferencias de trato bien cuando lo requiera la naturaleza del puesto o las condiciones en las que se ejerce el empleo, bien cuando exista una justificación objetiva y sean apropiadas y necesarias para la consecución de objetivos legítimos. En concreto, son cuatro los Considerandos que admiten estas excepciones ligadas a las FAS, dos de manera directa (18 y 19), y dos de manera genérica (17 y 24).

Así, la Directiva parte de un criterio de razonabilidad, tanto para exigir un trato igual, como para eximir de dicho tratamiento igualatorio, admitiendo excepciones. Pero con ese mismo criterio, las excepciones deben ser eso: excepciones. Ello hace que solo puedan regir "en muy contadas circunstancias" (considerando 24), cuando se trate de servicios operativos en los que la capacidad sea relevante (considerando 18) o fundamental en las tareas de que se trate (considerando 17), en los que tal capacidad sea un requisito profesional esencial y determinante (considerando 24 y art. 4.1), quedando en todo caso a la decisión última de la legislación nacional (considerando 19 y art. 3.4), y todo ello "sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad" (considerando 17).

En definitiva, solo se admitirá discriminación por capacidad cuando dicha capacidad sea fundamental para el buen desempeño del puesto, y siempre que previamente se hayan realizado los ajustes razonables para las personas con discapacidad[42]. Y como toda regla limitativa de derechos, debe interpretarse restrictivamente[43].

Fuera del ámbito de la UE, habría que referirse a la protección que el Consejo de Europa realiza en el campo de la discapacidad en general. Por razones de espacio no entraremos en la Carta Social Europea, pero no podemos dejar de aludir a una Sentencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en 2009 en la que, a propósito de la exclusión absoluta para el servicio militar la de las personas discapacitadas en Suiza, cuestiona el que toda discapacidad sea incompatible con la condición de militar, sugiriendo que podría admitirse a personas con discapacidad "para puestos adaptados a su grado de discapacidad y su competencia profesional"[44].

razón de discapacidad (artículo 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (artículo 19). Un análisis completo del mismo, en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Comentario al artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas», en VV.AA., *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 573 y ss.

[42] Así, el artículo 5 de la Directiva (bajo la rúbrica Ajustes razonables para las personas con discapacidad) reconoce que "a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables". Esto significa que los empleadores tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad mantenerse en el empleo o progresar profesionalmente, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva "cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

[43] Según el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, «por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

[44] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, Caso *Glor* contra Suiza.

4. El bien jurídico protegido: cuestiones a reconsiderar

Llegado a este punto, comprobamos cómo el Derecho Comunitario admite la discriminación por capacidad en caso de las FAS, pero esta discriminación debe tener un carácter excepcional: solo si así lo decide el país y justificando el ámbito que limita; solo si dicha capacidad sea fundamental para el buen desempeño del puesto; y siempre que previamente se hayan realizado los ajustes razonables para las personas con discapacidad. Y como toda regla limitativa de derechos, debe interpretarse restrictivamente. No se admite una exclusión total, sino solo para los puestos operativos que requieran una plena capacidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma expresa ha planteado la irracionalidad de que no se admita el las Fuerzas Armadas a personas que tengan una discapacidad que sea compatible con el servicio en determinados puestos.

En definitiva, hay base jurídica para defender la presencia de personas con discapacidad en las FAS (aunque no en todas las unidades), debiendo reconocerse sus derechos tanto en el acceso, como en su recolocación a destinos en los que su capacidad fuera suficiente para el buen desempeño del trabajo[45].

Sin embargo, es cierto que no toda discapacidad despierta la misma preocupación dentro de las Fuerzas Armadas, sino aquélla que es sobrevenida, y en concreto se ocasiona en acto de servicio.

Ello requiere reconsiderar si las medidas de recolocación dentro de las FAS de los militares que han sufrido una discapacidad en acto de servicio, deben enfocarse desde el prisma de la inclusión laboral de los discapacitados, o estamos hablando de otra cosa. Es decir, se trata de reflexionar si debe primar la atención a la discapacidad dentro de las FAS, o si debe darse un trato diferencial al personal militar que de forma sobrevenida sufren una discapacidad (y dentro de los militares, aquéllos cuya discapacidad se origina en acto de servicio o fuera del mismo).

Si se admite un trato diferencial entre discapacitados en general, y militares con discapacidad sobrevenida, ese trato diferencial debe asentarse en una institución jurídica distinta de la protección a la discapacidad. Si el bien jurídico protegido es la discapacidad, ésta debe atenderse dentro de las FAS en igual medida para el acceso (reservando un cupo, con las limitaciones ya vistas en las unidades que requieren una especial capacidad física), como para el mantenimiento.

Pero si nos quedamos en ese nivel, además de tener que sortear las limitaciones al principio de igualdad que se admiten en la Directiva 2000/78, nos encontraríamos con que no se llegan a atender las inquietudes y demandas de justicia que se reclaman por parte de los veteranos que sufren una pérdida de capacidad en acto de servicio. Y es que simplemente recurrir a los mecanismos de atención a la discapacidad para dar respuesta a esos casos es errar la perspectiva.

En tales casos, el bien jurídico protegido no es la discapacidad, sino la "reparación" de los daños sufridos en acto de servicio. Este derecho a la reparación solo tiene sentido en tales supuestos, ya que se compensan los daños acaecidos con ocasión del trabajo realizado: la inclusión laboral como parte de la reparación (no simplemente de la atención a la discapacidad). Aunque obviamente hay puntos en común, y es que en todo caso el camino a seguir es el mismo: evaluar las capacidades antes que las discapacidades[46].

[45] Maldonado Molina, J.A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», *op. cit.*, págs. 195 y 196.

[46] Maldonado Molina, J.A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», *op. cit.*, pág. 197.

IV. LA INCAPACIDAD PERMANENTE DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS. PLANTEAMIENTO GENERAL

La protección social de militares y guardias civiles con discapacidad presenta notables diferencias respecto del régimen previsto en la mayoría de los Regímenes de la Seguridad Social, diferencias que derivan de su inclusión dentro de un Régimen del mutualismo administrativo, y su cobertura dentro del Sistema de Clases Pasivas. Pero también tiene reglas específicas en relación con los otros dos regímenes mutualistas.

No es un régimen idéntico a los funcionarios civiles o los de Justicia, sino que contempla prestaciones específicas; en concreto respecto de la cobertura de la discapacidad, tanto por parte del sistema de clases pasivas como por su propia mutualidad. Así, hay dos prestaciones que no prevén las otras mutualidades funcionariales:

Dentro del sistema de clases pasivas, la pensión por inutilidad para el servicio prevista para los militares temporales en caso de IP para su profesión[47].

Dentro del ISFAS, con la pensión complementaria por inutilidad de servicio, prevista para todos los militares y guardias civiles que sean beneficiarios de una pensión de retiro por incapacidad (una pensión equivalente a la IPA y Gran Invalidez)[48].

La complejidad se incrementa porque además existe un régimen dispar entre militares temporales y militares con vínculo permanente, aunque tras el RD 71/2019, de 15 de febrero ha habido una aproximación al RGSS. Hasta esta norma, eran tres las diferencias (importantes además)[49], pero tras 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, art. 6 RD 71/2019).

Este cuadro protector cubre los mismos grados de discapacidad que se protegen con el Sistema de Seguridad (con otra denominación en alguna ocasión), salvo la incapacidad permanente parcial[50].

De todas las prestaciones, la única que no presenta ninguna particularidad, siendo exactamente igual que en los demás regímenes de la Seguridad Social, es la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, que deriva de acto de servicio (al igual que en los regímenes laborales deriva de contingencia profesional), motivo por el que no la trataremos (art. 84 RD 1726/2007)[51]. Sí analizaremos las demás. Comenzaremos por las contempladas en el Sistema de Clases Pasivas, finalizando en las complementarias a las mismas del ISFAS. Y por último veremos cómo quedó el panorama prestacional tras la aprobación del RD 1083/2015, que modificó la cobertura de los que se incorporaron a partir de 2011 y su hecho causante tuviera lugar después del 12 de diciembre de 2015.

[47] Prevista actualmente en el art. 7 RD 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal (que derogó al RD 1186/2001, de 2 de noviembre, que la regulaba anteriormente).

[48] Regulada en la sección 3ª del Capítulo V del RDL 1/2000, de 9 de junio, y su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

[49] Sobre la situación anterior a 2019, ver Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 49.

[50] Hasta 1994 sí se contemplaba por el ISFAS, ahora se subsume dentro de las lesiones permanentes no invalidantes.

[51] Sobre ellas y su aplicación a los mutualistas del ISFAS, vid. Blasco Lahoz, J.F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014, págs. 100 y 101.

V. PENSIONES DEL SISTEMA DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO

1. Marco general

Como es sabido, dentro del ámbito subjetivo de las llamadas "Clases Pasivas" del Estado, la Ley de Clases Pasivas (en adelante, LCPE[52]) incluye al personal militar y de la Guardia Civil, tanto si su compromiso es permanente como temporal, incluyendo los períodos formativos (distinguiendo dentro de los mismos la etapa como alumno cadete y posteriormente como Alférez). De las diferentes pensiones que contempla el sistema de clases pasivas, son tres las que cubren la discapacidad, abarcando a colectivos distintos y con un dispar alcance.

2. La pensión ordinaria de retiro por incapacidad

2.1. Concepto y situación protegida

La pensión de jubilación o retiro puede ser ordinaria o extraordinaria, según el origen de la contingencia. La ordinaria puede causarse por edad o incapacidad, mientras que las pensiones extraordinarias derivan de un accidente o enfermedad en acto de servicio o se causan como consecuencia del mismo. De este modo, y acotando la prestación a la incapacidad, procederá la pensión ordinaria cuando derive de circunstancias ajenas al servicio; o expresado en la terminología del Sistema de Seguridad Social: cuando traiga su causa en una contingencia común (por circunstancias ordinarias, dice el artículo 19.1 LCPE).

Hasta el RD 71/2019, de 15 de febrero, en el caso de los militares temporales, era más restrictivo, ya que 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, dejando sin derecho a pensión la incapacidad motivada por una enfermedad de tipo evolutivo o degenerativo[53], cuestión injusta que en su momento consideramos 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"[54], cuestión que afortunadamente ocurrió con el RD 71/2019, de 15 de febrero.

---

[52] Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

[53] El criterio consolidado de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional era que el que la norma hable de "un hecho", "implica y supone que el accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas, tenga como momento temporal de su generación y existencia el lapso fijado en la norma reglamentaria, por lo que, en los supuestos de enfermedad invalidante no es suficiente la mera aparición de los síntomas externos de la enfermedad, cuando en aras a los conocimientos médicos, esta es de carácter congénito y endógena del propio paciente, se haya larvada en su propia persona y su manifestación de forma externa en un determinado momento temporal es una mera circunstancia accesoria y, además, aleatoria en el tiempo, pues, en tales casos, el concepto "hecho ocurrido durante" no se configura como el elemento causal determinante de su generación en el lapso temporal exigido, ya que la misma era padecida con anterioridad, aun cuando no hubiera sido diagnosticada por la ausencia de manifestación sintomática de la misma. Esta conclusión interpretativa es la racional y adecuada a la propia naturaleza de las características de la función pública militar desempeñada por los militares de empleo y los militares profesionales de tropa y marinería, basada en una relación de servicios de carácter temporal, y por ello, las prestaciones asistenciales de clases pasivas deben proyectar su eficacia protectora al ámbito temporal de dicha relación, cuando la enfermedad o lesión invalidante se ha originado durante el tiempo en el que se presta esta función". Este mismo criterio siguen las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ. Así, STSJ de Madrid, núm. 406/2014 de 17 julio. JUR 2014\246242 (espondiloartrosis lumbar); STSJ de Castilla y León (Valladolid), núm. 1953/2011 de 14 septiembre. JUR 2011\353139 (trastorno psicótico).

[54] Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 51.

La LCPE, en su artículo 28, enumera tres posibles circunstancias como determinantes del hecho causante, una de las cuales es la que nos ocupa: "por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad", que procederá "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".

Por otro lado, debe aclararse que aunque esta redacción del artículo 28 LCPE pudiera sugerir que cubre solo la incapacidad de desempeñar "las funciones propias" que venía desempeñando (esto es, una incapacidad permanente total), sin embargo, se extiende igualmente a cuando tampoco puede realizar ninguna otra actividad, ya que no distingue grados[55]. Antes del RD 71/2019, de 15 de febrero, en el caso de personal militar temporal, solo cubría lo que sería la incapacidad permanente absoluta con esta pensión ordinaria (artículo 5.1 RD 1186/2001), pero en la actualidad el art. 6.b también contempla la pensión extraordinaria (pensión de retiro por inutilidad).

Hay que volver a advertir que 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, que más adelante referiremos. Así, el artículo 52 bis LCPE indica que el personal militar de empleo y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las FAS hasta la edad de retiro, mientras dure la relación de servicios de carácter no permanente, causará en su favor pensión de retiro, ordinaria o extraordinaria en el caso de que se inutilicen, siempre que tal inutilidad se entienda referido a la incapacidad absoluta para cualquier profesión u oficio.

2.2. Período de carencia

La cobertura por retiro tiene una carencia de quince años de servicios efectivos al Estado (art. 29 LCPE). No se trata del habitual período mínimo cotizado requerido en las prestaciones derivadas de enfermedad común, jubilación o desempleo en el Sistema de Seguridad Social, sino que lo que se exige es un tiempo mínimo de servicios prestados al Estado. Y debe acreditarse tanto si deriva de enfermedad como de accidente no laboral, a diferencia de lo que se prevé en el RGSS.

Ahora bien, la norma recoge una amplia relación de supuestos asimilados a servicios efectivos al Estado, entre los que destacan "los años que faltan para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso" (art. 32 LCPE)[56]. Este es un dato a tener muy en cuenta, ya que recuérdese que la cuantía no se calcula según el grado de discapacidad, sino por los años de servicios prestados (el derecho y la cuantía). En este punto se aparta de la regla general usada –preferentemente– en el Sistema de Seguridad Social y para los militares temporales con la pensión por inutilidad para el servicio (que atiende al grado de discapacidad, no a la vida laboral), que salen comparativamente perjudicados

[55] López Gandía, J. y Momparler 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.

[56] Entre estas situaciones asimiladas están las siguientes: 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 Guardiamarina.
Un estudio completo de dichas situaciones, en Blasco Lahoz, J.F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 27-32.

respecto de los militares permanentes (dado que a los permanentes les dan por prestados todos los años que falten hasta expirar su vida laboral).

Por lo demás, no se computan como servicios efectivos al Estado el tiempo de prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, por su carácter obligatorio (art. 32.3 LCPE).

2.3. Cuantía

Respecto de la cuantía de la pensión de retiro por incapacidad, se toma como base el haber regulador que le corresponda[57], y a él se aplicará el porcentaje de cálculo que, atendidos los años completos de servicios efectivos al Estado que tuviera reconocidos. El cien por cien corresponde tras 35 años de cotización (art. 31.1 LCPE). Ahora bien, cuando el retiro se produce estando el funcionario en servicio activo o situación equiparable, se considerarán como servicios efectivos, además de los acreditados hasta ese momento, los años completos que resten al funcionario para cumplir la edad de jubilación, entendiéndose éstos como prestados en el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría en que figure adscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación, como ya hemos adelantado al estudiar los requisitos.

La cuantía mensual de las pensiones se obtendrá 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 cuyo 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 activo[58].

2.4. Régimen de compatibilidades

Como regla general las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (regla tradicional) y, desde 1 de enero de 2009 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 Social[59].

Ahora bien, la incompatibilidad entre trabajo y pensión no es absoluta, sino que la DA 16ª Ley 2/2008 introdujo un supuesto similar a la IPT del RGSS: "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» (art. 33 LCPE)[60]. En estos casos, no obstante, se produce un efecto de minoración del importe de la pensión. Así, según el art. 33.2 LCPE «mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75% de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de

[57] Fijado anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos y categorías en los que haya prestado servicios (arts. 30 y 31 LCPE). En el caso de los alumnos de Academias y Escuelas Militares (Alférez y equivalentes), el haber regulador será el correspondiente al empleo de Alférez o Sargento (art. 53.2 LCPE).

[58] 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.

[59] 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.

[60] Se entiende por actividad distinta, a tenor del art. 10 RD 710/2009, «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».

servicios efectivos al Estado; o al 55%, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro»[61].

Junto a la anterior, existen otras excepciones a la regla general de incompatibilidad pero en las que no se produce el efecto de minoración de la pensión. Una se deriva del art. 9 RD 710/2009, que matiza que el régimen de incompatibilidades «no será de aplicación a las pensiones en favor de alumnos de centros docentes militares de formación, ni a las pensiones por inutilidad para el servicio causadas por el personal militar que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro».

3. Pensión extraordinaria de retiro

3.1. Concepto y situación protegida

La pensión extraordinaria de retiro tiene lugar por la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal, entendida esta incapacidad en los mismos términos que la pensión ordinaria, siempre que la misma se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo. La relación de causalidad se exige tanto en caso de accidente como enfermedad[62]. Así, en este último caso, la enfermedad deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado (art. 47 LCPE); es decir, una enfermedad profesional.

3.2. Regulación

Su marco regulador es más complejo, ya que no se encuentra en dos, sino en tres normas. En este caso, dentro de la LCPE se incluyen previsiones para los militares permanentes, alumnos-alféreces (o similar) de Academias, temporales. Y para estos últimos además la referencia del RD 71/2019. La principal particularidad normativa viene de la regulación de los alumnos-cadetes de Academias Militares, que se recoge en un reglamento específico: el RD 1234/1990, de 11 de octubre.

3.3. Requisitos y cuantía. Los topes máximos

Para causar esta prestación no se requiere período de carencia alguno, lucrándose cualquiera que sea el tiempo de servicios efectivos prestados al Estado.

El cálculo de la pensión es equiparable a la ordinaria, con la notable particularidad de que el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200%.

Pues bien, en este punto nos encontramos con uno de los elementos más problemáticos para el colectivo de militares y guardias civiles 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

[61] Por su parte, el RD 710/2009 no sólo exige al beneficiario que comunique el inicio de una actividad profesional, sino que somete 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 continúe la prestación de servicios.

[62] Presumiéndose el acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo (art. 47.4 LCPE). Es una presunción *iuris tantum*, por lo que aunque tenga lugar en tiempo y lugar de trabajo, no será acto de servicio si existe una prueba que desvirtúe la presunción. 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).

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.

Debería contemplarse como una excepción a la aplicación de topes máximos, porque el límite máximo de las pensiones se justifica como una corrección de los modelos puramente contributivos, evitando que el que cotice por una cantidad muy elevada perciba una prestación igualmente alta, ya que la Seguridad Social es solidaridad, no conmutatividad. Es decir, con el tope máximo se supera la idea de justicia conmutativa y se subraya la de justicia distributiva[63], la de solidaridad frente a contributividad. Y ahí es donde precisamente entraría esta excepción, porque las pensiones extraordinarias buscan eso: conceder una prestación por un importe muy superior al contribuido, en base a un interés general. En este caso, la búsqueda de justicia social para con quien –por su oficio– ha tenido que exponer su integridad física y su vida hasta el punto de acabar con un fatal desenlace. Es decir, la finalidad de la pensión extraordinaria es resarcir, no el reemplazar rentas. Por ello, entendemos 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).

Apoyándose en esta filosofía, un grupo de pensionistas de clases pasivas (antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional), interpuso en junio de 2014 un recurso alegando al aplicarse el tope máximo a sus pensiones extraordinarias, se estaba vulnerando el principio de igualdad, ya que para un supuesto –para ellos– similar, como es el de las pensiones por incapacidad derivada de actos de terrorismo no se aplica el límite máximo. La Audiencia Nacional resolvió en 2016, desestimando la pretensión de los pensionistas, ya que la Ley es clara, correspondiendo solo al legislador decidir cuándo se exceptúa la aplicación del tope máximo[64]. Habrá que esperar, pues, a un cambio legislativo.

3.4. Pensión extraordinaria para alumnos de Centros docentes militares de formación

Para ellos habrá que estar al Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar[65] y a los alumnos de los Centros docentes militares de formación. De este colectivo se excluyen dos grupos:

— Por un lado, los alumnos que cuando ingresaran en dichos centros formativos ya fuesen militares de carrera o empleo. Ellos tendrán los derechos pasivos correspondientes a su relación de servicios profesionales.

— Por otro, los alumnos a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.

[63] *Cfr.* Gete Castrillo, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 408.

[64] Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, num. 18/2016 de 25 enero de 2016. Concluye la Sala que "la pretensión de los actores escapa de lo que es la materia propia de la reclamación económico administrativa pues exigen un pronunciamiento que no corresponde a dicho Tribunal Económico de ahí que sea consecuente con la norma la declaración de inadmisión de la reclamación económico administrativa presentada ante el TEAC y que se confirma en esta resolución".

[65] Al quedar en suspenso el servicio militar obligatorio desde el 31 de diciembre de 2001, hay que entender que solo es aplicable a los alumnos y aspirantes de Escuelas y Academias Militares.

Esta norma solo cubre las contingencias de origen profesional de los alumnos de Academias militares, entendiendo por tales aquéllas las que sean consecuencia del desempeño de las actividades propias de los procesos de enseñanza militar[66].

La principal particularidad de su cobertura es que, a diferencia de lo que ocurre con los demás militares temporales, su pensión extraordinaria por incapacidad no se limita a los supuestos de IPA, sino que se extiende a otros dos casos: uno, cuando "se presuma dificultad grave para dedicarse a alguna actividad laboral en el futuro"; otro, supuestos que "sin llegar a constituir una invalidez (…) supongan una disminución o alteración de la integridad física del interesado".

Este es, básicamente, el régimen de las prestaciones ordinarias de retiro, y extraordinarias. Téngase en cuenta que a ellas se les añade la pensión complementaria por inutilidad para el servicio (salvo en la modalidad de IPT, en cuyo caso no procede el complemento). Las veremos más adelante dentro de la acción protectora del ISFAS. Ahora analizaremos la tercera modalidad de pensión.

4. Pensión e indemnización por inutilidad para el servicio de los militares de complemento y de tropa y marinería. El RD 71/2019, de 15 de febrero

Como acabamos de ver, la cobertura de la pensiones ordinaria de retiro y la extraordinaria, cubre la IPT y la IPA, salvo para los militares temporales, que solo protege su IPA (art. 6 RD 71/2019). Pues bien, para cubrir esta laguna, se contempla una pensión de inutilidad para el servicio específica para los militares que no han obtenido la plaza en propiedad[67]. Se trata de su cobertura por IPT, con ciertas reglas especiales –más restrictivas– ya que ni se calculará según los servicios prestados ni conllevará una pensión del cien por cien del haber regulador. La justificación de este trato dispar se funda en que su relación profesional con las FAS no iba a ser vitalicia, por lo que el que pierdan la capacidad para seguir prestando sus servicios tiene un impacto menor en su expectativas profesionales, ya que entraba dentro de lo previsible el dejar de realizar ese trabajo. Ahora bien, lo que no entraba dentro de lo previsible era finalizar con una lesión o discapacidad vitalicia.

La cobertura por discapacidad de los militares temporales es más débil en los supuestos de IPT (aunque ha mejorado tras el RD 71/2019), cuestión especialmente grave teniendo en cuenta que algunos de esos militares "temporales" tienen compromisos hasta los 45 años de edad.

La pensión por inutilidad para el servicio se prevé en el artículo 7 RD 71/2019 para cuando el militar temporal se vea afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico, que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad que, sin llegar a constituir una incapacidad absoluta para cualquier profesión u oficio, suponga una incapacidad para el servicio que implique la resolución del compromiso.

Con el RD 1186/2001 se contemplaban dos modalidades, según que la discapacidad dificultara de forma grave o menos grave la reincorporación laboral, procediendo en el primer caso una pensión

[66] El artículo 2 RD 1234/1990 precisa –a estos efectos- qué accidentes se consideran producidos en acto de servicio, en unos términos muy similares a los que emplea la LGSS para conceptuar el accidente de trabajo.

[67] En concreto, esas limitaciones, previstas en el RD 71/2019, de 15 de febrero (que sustituye al RD 1186/2001, de 2 de noviembre), alcanzan a los militares de complemento y militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios profesionales no permanente; al personal de las Escalas de complemento y reserva naval, declaradas a extinguir, y que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; a los alumnos de centros militares de formación que hayan ingresado en los mismos siendo militares de complemento o los militares profesionales de tropa y marinería, hasta su promoción a los empleos de Alférez, Sargento alumno o Guardiamarina; a los reservistas temporales, que no procedan de militares de carrera, que pasen a prestar servicios en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa; y a los reservistas voluntarios que pasen a prestar servicios en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa.

de cuantía igual al 70% de la que le hubiera correspondido si hubiera sido calificada como absoluta[68]. Con el RD 71/2019, se diferencia según que sea debida a acto de servicio o por circunstancias ajenas:

a) Si la inutilidad se ha producido en circunstancias ajenas al servicio, causará derecho a pensión ordinaria de inutilidad para el servicio en una cuantía igual al 55 por 100 de la que hubiese resultado de producirse una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio.

b) Dicha pensión será extraordinaria si la lesión o enfermedad se ha producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo. La pensión extraordinaria tendrá una cuantía igual al 55 por 100 de la que hubiese resultado de producirse una IPA para toda profesión u oficio en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

VI. LA ACCIÓN PROTECTORA DEL ISFAS

1. La pensión complementaria por inutilidad para el servicio

El Capítulo IV RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante, TRLSSFAS) delimita la acción protectora de este Régimen, enunciado los riesgos protegidos (art. 8), y las prestaciones previstas para hacer frente a tales contingencias (art. 9), de las que a nuestros efectos nos interesa la pensión complementaria por inutilidad para el servicio.

La sección III del Capítulo V TRLSSFAS regula una prestación *sui generis* de este Régimen. Es la pensión por «inutilidad para el servicio», que junto a las prestaciones recuperadoras y un complemento a la pensión en caso de gran invalidez vienen a constituir la cobertura por IP.

Esta prestación es una pensión para el personal militar profesional y de la Guardia Civil, pero también para los funcionarios civiles incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial[69], que como consecuencia de enfermedad o permanente e irreversible[70], pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente. Se prevé la pensión complementaria cuando la enfermedad o lesión que motivó el retiro le imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, oficio o profesión, siempre que el asegurado estuviese en servicio activo, servicios especiales o en situación administrativa de reserva.

Por tanto, el momento de solicitarla es cuando cese de prestar servicios activos o abandone la reserva, y obtenga la pensión de retiro (ordinaria o extraordinaria)[71]. Pero como hemos visto, es posible ser beneficiario de dichas pensiones y que sin embargo no se reconozca una incapacidad absoluta. Por ello, la norma da una segunda oportunidad. Así, en caso de que las lesiones no alcancen

[68] Un análisis detallado, en Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pág. 59.

[69] Sobre el ámbito subjetivo del ISFAS, vid. Rodríguez Cardo, I.A., "El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: una visión panorámica del mutualismo militar", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 40 a 43.

[70] La Audiencia Nacional viene exigiendo que el sujeto venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad. Por otro lado, la normativa que determina la incapacidad son las propias de los militares, no las generales de la Seguridad Social, sin perjuicio de tener presentes las del Régimen de Clases Pasivas (Blasco Lahoz, J.F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 85), conforme indica el art. 22.3 TRLSSFAS.

[71] El derecho a la pensión de inutilidad para el servicio podrá ejercitarse en cualquier momento posterior al reconocimiento de la pensión de retiro por inutilidad o incapacidad permanentes, pero los efectos serán distintos según el tiempo transcurrido (art. 22.5 TRLSSFAS):

entidad suficiente, se permite que revisen el grado de incapacidad en el plazo de tres años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no hayan alcanzado la edad para el retiro o jubilación forzosa[72]. El número de beneficiarios es relativamente bajo: unas dos mil personas[73].

Respecto de la cuantía de esta prestación, es un complemento que asciende al 100% del haber regulador anual que haya servido de base para el cálculo de la pensión de retiro en el Régimen de Clases Pasivas (aun cuando ésta se haya determinado por el 200% de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio). Por tanto, con ella lo que se busca es equiparar lo que perciba en concepto de "pensiones" con su haber regulador. El importe será una cifra diferencial entre su pensión de clases pasivas y el haber regulador[74]. Ahora bien, esa cifra tendrá un mínimo, que será el 7% del haber regulador, y un máximo: no podrá superar el límite fijado anualmente para las pensiones públicas, ni por si solo, ni sumado a la pensión de retiro que complemente[75].

2. El complemento por gran invalidez

Dentro de la cobertura por incapacidad permanente, y al igual que en el resto de los regímenes, hay reglas singulares para la gran invalidez. Para obtener esta prestación es necesario ser beneficiario de la pensión complementaria de inutilidad para el servicio y, además, requerir la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida diaria[76]. El importe de dicho complemento asciende al 50% de la pensión de retiro de Clases Pasivas, con el límite del 50% de la pensión máxima que estaba fijada en el momento de reconocimiento de la pensión de jubilación (pero sin que le aplique el tope máximo de las pensiones, al no considerarse pensión pública), y con la posibilidad de reemplazar la pensión, a petición del interesado o su representante, por el alojamiento y cuidado a cargo del ISFAS[77].

Son unas reglas similares a la que operaban para la gran invalidez en el RGSS antes de la reforma acometida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tanto en la forma de determinar la cuantía, como porque posibilita permutar pensión por alojamiento. Es una fórmula criticable, ya que no tiene sentido que el importe sea un porcentaje sobre la pensión que recibe como renta sustitutiva de su trabajo, dado que lo que se atiende no es la sustitución de rentas de activo por unas de pasivo, sino la compensación de la asistencia de una tercera persona, y eso no debe cuantificarse en relación a la base reguladora que tuviera el trabajador, sino baremarse objetivamente para todos los cuidadores informales (que son los destinatarios últimos del incremento del 50 por ciento).

a) Si la solicitud se efectúa dentro del plazo de cuatro años contados a partir de la fecha de retiro o jubilación y el grado de incapacidad absoluta y permanente quedó acreditado entonces, los efectos económicos se retrotraerán al día primero del mes siguiente a dicha fecha.

b) En los restantes supuestos, los efectos económicos iniciales se producirán desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna petición debidamente documentada.

[72] Art. 22.4 TRLSSFA.

[73] Los últimos datos al momento del cierre de este trabajo, son los correspondientes a 31 de diciembre de 2018: 691 beneficiarios de inutilidad parcial; 1.646 de inutilidad absoluta; 461 de la prestación de gran invalidez. En total, 2.798 personas. https://www.defensa.gob.es/isfas/Galerias/ficheros/Memoria/MEMORIA_2018.pdf

[74] El importe medio es el siguiente (a 31 de diciembre de 2018): 71,16€ en caso de inutilidad parcial; 127,24€ si inutilidad absoluta; y 1.047,17€ en la prestación de gran invalidez. https://www.defensa.gob.es/isfas/Galerias/ficheros/Memoria/MEMORIA_2018.pdf

[75] Arts. 23.1 y 5 TRLSSFA.

[76] Tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 22.2 TRLSSFA).

[77] Es posible sustituir esta pensión, a petición del interesado o su representante, por el alojamiento y cuidado a cargo del ISFAS cuando los gastos no representen un incremento superior al 10% de la prestación total (art. 23.2 TRLSSFA).

3. Prestaciones para situaciones de dependencia

Antes de la puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y Atención y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD) por la Ley 39/2006 de 14 de diciembre (**de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia)**, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos ya se contemplaban ayudas de atención sociosanitaria orientadas a la cobertura de mayores y discapacitados. Tras la aprobación de la Ley 39/2006, tales ayudas se mantuvieron, pero extendiendo su cobertura a nuevas situaciones de necesidad, al quedar cubierta la dependencia por unas ayudas específicas[78].

La acción protectora del ISFAS incluye una cobertura singular para las situaciones de dependencia, si bien no la prevé el TRLSSFAS, aunque sí las prestaciones de asistencia social y servicios sociales[79]. Así, en su desarrollo se prevé una ayuda económica adicional a las contempladas por el SAAD, amén de otras ayudas para mayores y discapacitados, que se pueden enmarcar claramente dentro de la atención a la dependencia[80]. Se recogen en la Instrucción 4B0/19065/2010, de 15 de diciembre, de la Gerencia del ISFAS[81]. No obstante, son ayudas que están condicionadas a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el correspondiente ejercicio económico. Y de hecho, para 2013 y 2014 quedaron suspendidas[82].

Se contemplaba un amplio abanico de prestaciones de asistencia a la tercera edad, algunas de las cuales pueden enmarcarse dentro de la prevención de la dependencia, al promocionar la autonomía personal (como sería el termalismo social y las vacaciones), y otras directamente se dirigen a la atención de las situaciones de dependencia. Así, y como complemento a las prestaciones previstas en la Ley 39/1996, se establecen las siguientes ayudas para atención a la dependencia:

— Ayuda económica para Atención Residencial.

— Ayuda económica para Atención en Centros de día o de noche.

— Servicio de asistencia a domicilio.

— Servicio de teleasistencia.

— Ayuda económica adicional a las del SAAD para atención domiciliaria.

Básicamente se trata se asumir una parte coste que correspondiera al usuario del servicio según la prestación reconocida por el SAAD. Las ayudas económicas que reconozca el ISFAS tendrán como límite el 70 por 100 de la prestación económica reconocida por el SAAD o bien el 70 por 100 del importe de los pagos que el beneficiario tenga que realizar por el servicio del SAAD.

---

[78] Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, Mª.N.; Maldonado Molina, J.A.; González de Patto, R.Mª., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 245.

[79] Maldonado Molina, J.A., «Dependencia y Sistema de Seguridad Social», en VV.AA., *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Comares, Granada, 2014, pág. 131.

[80] Igualmente su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre.

[81] BOD de 23 de diciembre de 2010.

[82] Respectivamente, por la Instrucción 94/2012, de 28 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2012), e Instrucción 78/2013, de 26 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2013).

VII. LA INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Hacia la homogeneización de sus pensiones con las del RGSS

De lo visto hasta ahora, se comprueba que la protección social por discapacidad de militares y guardias civiles se aparta notablemente del RGSS. Tantas son las diferencias derivadas de la cobertura a través de Clases Pasivas, que su Seguridad Social se ha considerado tradicionalmente como extramuros del propio Sistema, configurándose como un régimen externo al mismo. El sistema de Clases Pasivas presenta múltiples discordancias, que ya desde antiguo han sido cuestionadas por la más autorizada doctrina, que solo contribuían a la falta de coherencia del sistema en su conjunto[83].

El Pacto de Toledo de 1995 apostó por la simplificación de los regímenes especiales (Recomendación núm. 6), formulando como objetivo el que todos los trabajadores queden encuadrados bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Ajena o bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Propia (RETA). Esta homogeneización se ha ido llevando a cabo de forma lenta, integrando en el RETA a los autónomos del campo –desde 2008–, y en el RGSS a los asalariados agrarios y los empleados del hogar –ambos desde 2012–, con la aplicación de algunas reglas transitorias, pero sin excepciones en su ámbito subjetivo: todos los colectivos afectados quedan integrados.

Con los Regímenes Especiales funcionariales el camino está siendo distinto: se ha optado por una homogeneización parcial, tanto subjetivamente (solo los nuevos funcionarios), como objetivamente (solo respecto del Régimen de Clases Pasivas). Ello salvo los funcionarios de la Administración Local, cuya integración fue rápida en 1993, para todos y con escasas reglas de transición.

En efecto, el primer paso lo podemos situar con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que incluía dos disposiciones adicionales con previsiones en relación a la edad de jubilación de los funcionarios: una relativa a su jubilación anticipada; y otra en sentido opuesto, en relación a la prolongación de la actividad. Respecto de la primera (disp. adic. 7ª Ley 40/2007), en realidad solo se remitía a un estudio que el Gobierno debería presentar[84].

El siguiente paso se dio a final de 2008, con una indeterminada previsión en la disposición adicional 62ª de la LPGE para 2009[85], que bajo la rúbrica de "Armonización de Regímenes de los Funcionarios Públicos", encomendó al Gobierno que propusiera en el plazo de seis meses las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS[86]. En esta línea, el Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de

[83] Vida Soria, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963, págs. 77 y ss.

[84] El tenor literal de la norma era el siguiente: "En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes. En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior".

[85] Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

[86] Siguiendo esta previsión, el Gobierno adelantó un informe ejecutivo que comprende algunas de las posibilidades que cabrían al respecto. Sobre todo este proceso, *cfr*. Maldonado Molina, J.A., "Seguridad Social y reestructuración de las Administraciones Públicas", en Monereo Pérez y Castillo Blanco (Dirs.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, pág. 416.

enero de 2010 apostó por la armonización, considerando que "la forma más razonable de solventarla sería sin más la definición de una fecha a partir de la cual los funcionarios de nuevo acceso a las Administraciones Autonómicas ingresarán en el RGSS". Se mantendría el régimen de protección del que disfrutan los que en ese momento estaban incluidos en él, afectando solo a los nuevos empleados públicos.

El RD-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, en su artículo 20[87] estableció que todos los funcionarios que ingresen en cualquier Administración Pública española a partir del 1 de enero de 2011 quedarán incluidos en el RGSS, si bien mantendrán, cuando así proceda de acuerdo con su normativa, el Mutualismo Administrativo. Por tanto, la integración sería solo para los nuevos, y solo respecto del Sistema de Clases Pasivas, manteniéndose las mutualidades y su cobertura[88].

Una integración que se planteó como un paso más para avanzar en la integración de los regímenes de Seguridad Social y en la consolidación del sistema, "con los inmediatos efectos resultantes de incremento en la confianza y solvencia" del mismo (Preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2010). Además, la homogeneización de Clases Pasivas tampoco sería total, ya que: a) se mantienen las especificidades referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario; b) para el personal militar no permanente, sus singularidades respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora del RGSS; y c) respeta el régimen de las pensiones extraordinarias (con las adaptaciones que sean precisas).

Por tanto, a diferencia de lo que ocurrió con los funcionarios de la Administración Local, su integración ha sido parcial y progresiva, suave podríamos decir. Está claro que busca que el Sistema sea más sostenible, reduciendo los gastos. Por ello, no es casual que la medida se adoptara en un contexto de crisis económica[89].

Para acomodar el Sistema de Clases Pasivas al RGSS de los miembros de las FAS y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se aprueba el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el RGSS, que ha entrado el 12 de diciembre de 2015.

La norma aborda dos cuestiones:

— Una sustantiva, que es precisar "las condiciones y el alcance de su integración" en el RGSS a efectos de las pensiones de IP y MS; es decir, a quién y en qué cuestiones afecta la integración.

Otra adjetiva: regular el procedimiento para el reconocimiento de dichas prestaciones.

[87] Este precepto corresponde a la actual disposición adicional tercera del Texto Refundido de la LGSS (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

[88] El alcance de la integración se limita exclusivamente al derecho a causar pensiones en el RGSS. Por ello se hizo necesario adecuar la cotización al RGSS excluyendo las contingencias que seguirán cubiertas por el Mutualismo (incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad). Con este propósito, se aprobó la Orden TIN/2803/2011, de 14 de octubre, por la que se modifica la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, para el establecimiento de un coeficiente reductor respecto a la cotización por contingencias comunes relativa a los funcionarios y demás personal de nuevo ingreso incluidos en el RGSS a partir de 1 de enero de 2011.

[89] En este sentido, 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*, *cit*, pág. 115.

2. Ámbito de la aplicación

El RD 1087/2015 precisa el campo de aplicación de la norma y los términos de la integración en el RGSS, ajustándolos a tres parámetros:

— Parámetro subjetivo: militares, guardias civiles y policías nacionales que se incorporaran después de 1 de enero de 2011

— Parámetro material: solo en orden a las prestaciones de clases pasivas

— Parámetro temporal: prestaciones causadas a partir del 12 de diciembre de 2015, salvo el complemento por actos de servicio, que será para hechos causados desde 2011.

2.1. Ámbito subjetivo

Es una norma que, además de al personal integrado en el ISFAS (militares y guardias civiles), se aplica también a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía (en adelante, CNP) (integrados en MUFACE), siempre que en uno u otro caso accedieran a tan condición con posterioridad a 2011. Por tanto, no afecta a todos los militares y guardias civiles, sino únicamente a los que se incorporaron a partir de 2011, siguiendo las directrices fijadas por el RD-ley 13/2010, de 3 de diciembre.

2.2. Ámbito material

La integración en el RGSS lo es solo a efectos de clases pasivas. Por tanto, no se ve afectada la acción protectora del ISFAS para ningún mutualista, de forma que aquellas prestaciones de incapacidad que no entraban dentro del régimen de clases pasivas quedaron extramuros de la integración (prestaciones que eran complementarias, básicamente). Ése es el caso de las tres prestaciones que el RD 1087/2015 indica que quedan fuera de la cobertura que les prestará el RGSS (arts. 3.2 y 3.3 RD 1087/2015): incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes y el complemento de la gran invalidez. Estas prestaciones no forman parte del Sistema de Clases Pasivas, por lo que el RD 1087/2015 realmente se limita a aclarar que sigue prestándose por la correspondiente Mutualidad[90], pero no es una exclusión constitutiva (fue el RD-ley 13/2010, de 3 de diciembre quien las excluyó).

Los nuevos expedientes se ajustan a dos grados del RGSS: incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT) e incapacidad permanente absoluta (para todo trabajo) (IPA). La IPP no se contempla (se subsume dentro de las lesiones permanentes no invalidantes); y la gran invalidez se cubre por el ISFAS (o MUFACE en caso de policías nacionales). No es un mero cambio nominal, sino que la forma de calcular unas y otras es sustancialmente distinta, con un resultado generalmente más desfavorable con las nuevas reglas (aunque si deriva de acto de servicio, procede un complemento que lo equipara al sistema de clases pasivas).

Comparado con la situación anterior a 2011, son los militares permanentes los que pasan a obtener prestaciones más bajas en caso de que la IP derive de contingencia común, ya que si es una IPT pasarán de percibir una pensión de entre el 75 y 100% de su haber regulador, a una de entre el 55 y 75% de su base reguladora (si es una IPA no habrá cambios sustanciales). Los militares temporales no experimentarán una gran diferencia respecto de la cuantía, ya que en caso de IPT el porcentaje pasará del 50/70% al 55/75%, en un caso del haber regulador; y en otro de la base reguladora. Para ellos bastará con que sufran en ese período una contingencia común, al igual que ocurre con el resto de

[90] El ISFAS, para militares y guardias civiles; MUFACE, para el personal de la Policía Nacional (arts. 3.2 y 3.3, respectivamente, del RD 1087/2015).

asegurados en el RGSS. Los tribunales médicos castrenses mantienen la competencia para dictaminar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas y su incidencia en el mantenimiento o pérdida de la aptitud, y si es "acto de servicio", pero no en definir cuál es la contingencia protegida, que vendrá determinada por la normativa del RGSS.

Lo que por desgracia no se solventa para ninguno es que las pensiones extraordinarias del 200% en caso de incapacidad en acto de servicio siguen sometidas a los topes máximos.

Respecto de la pensión extraordinaria por acto de servicio (que incrementa hasta el 200% del haber regulador), aunque formalmente deja de estar prevista, realmente no se verá reducida la cobertura, ya que en caso de IP o fallecimiento en acto de servicio, la cuantía será la suma de pensión que corresponda conforme a la normativa del RGSS más un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre dicha pensión y la cuantía de la pensión extraordinaria que por el mismo hecho hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas (art. 13 RD 1087/2015).

2.3. Ámbito temporal

Además de limitar su aplicación a los "nuevos" empleados públicos (a los que hayan accedido al puesto tras 2011), estas reglas se aplican solo si el hecho causante ha tenido lugar a partir del día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 12 de diciembre de 2015. Esos son los dos parámetros temporales a tener en cuenta. Esta regla tiene una importante excepción recogida en la disposición adicional cuarta RD 1087/2015, y es que si se trata de prestaciones derivadas de acto de servicio, las particularidades previstas para ellas en los arts. 16 a 19 del RD 1087/2015, serán de aplicación a los hechos causantes acaecidos desde el 1 de enero de 2011.

3. Procedimiento

El procedimiento previsto busca mantener un sistema de evaluación de la incapacidad específico para los requerimientos psicofísicos de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que persisten tanto los órganos competentes de cada Ministerio[91] para evaluar la existencia de insuficiencia de condiciones físicas, como la regulación que determina las aptitudes psicofísicas requeridas en cada Cuerpo[92]. Fuera de esto, el procedimiento se lleva a cabo ante el INSS. En consecuencia, pueden clasificarse en dos las actuaciones a realizar, según correspondan al Ministerio de Defensa/Interior o al INSS.

3.1. Actuaciones del Ministerio de Defensa/Interior

Todo lo relativo a la determinación de las condiciones psicofísicas sigue residenciado en los órganos especializados del Ministerio de Defensa (para miembros de las FAS y Guardia Civil) o del Interior (para miembros del CNP), lo que comprende cuatro tipo de actuaciones que se concretan en cuatro documentos que serán remitidos al interesado:

a) Conformar la *historia clínica* que ha de servir de base en el procedimiento para la evaluación y calificación de las situaciones de incapacidad permanente.

[91] Para las FAS y Guardia Civil, el Ministerio de Defensa a través de la Sanidad Militar, las Juntas Médico Periciales y los órganos periciales especializados en materia de salud en la Guardia Civil. Para la Policía Nacional, el Ministerio del Interior a través del Tribunal Médico de la Dirección General de la Policía.

[92] Para las FAS, los artículos 83 y 120 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Para la Guardia Civil, los artículos 57 y 100 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil. Y para la Policía Nacional, Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

b) Emitir un *informe médico de síntesis*.

c) Emitir un *dictamen* por parte del órgano médico pericial correspondiente según el Cuerpo al que pertenezca, en el que se evalúen las condiciones psicofísicas del interesado para el ejercicio de sus funciones.

El dictamen, además de dictaminar si puede continuar el ejercicio de sus funciones, puede dictaminar el origen profesional o no, esto es, si la pérdida de condiciones tiene su origen en acto de servicio.

d) Emitir por el órgano competente *Resolución* en la que se declare, según los casos, el cese de la relación de servicios profesionales en virtud de retiro o la rescisión del compromiso por insuficiencia de condiciones psicofísicas. Esta Resolución se pronunciará sobre el origen de la contingencia en "acto de servicio". Tanto el origen que se declare, como la pérdida de las condiciones psicofísicas que impliquen la anulación de la capacidad del interesado, tendrán un carácter vinculante para el INSS.

En consecuencia, si declara que trae su causa en "acto de servicio", recibirá la cobertura correspondiente a una "contingencia profesional". En coherencia con ello, si ese acto de servicio termina generando el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social derivada de contingencia profesional, los órganos competentes del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, deberán declarar y notificar esos actos de servicio a través de los sistemas de información de declaración de contingencias profesionales vigentes (disposición adicional segunda RD 1087/2015).

3.2. Actuaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Las competencias que corresponden al INSS (a la Dirección Provincial)[93] en esta materia son exactamente las mismas que corresponden con cualquier otra prestación de IP del RGSS[94], con dos salvedades:

— El INSS será el encargado de evaluar, calificar y revisar la IP, y declarar en su caso el grado de IPT o IPA. Ahora bien, la particularidad es que para la IPT para la profesión habitual no tiene libertad de decisión, sino que para dicha calificación estará vinculado por la Resolución del órgano competente del Ministerio de Defensa o del Interior en su pronunciamiento sobre la pérdida de condiciones psicofísicas que implique la anulación de la capacidad del interesado para el ejercicio de la profesión militar, de Guardia Civil o de funcionario de la Policía Nacional.

— El INSS determinará la contingencia: común o profesional. Sin embargo, deberá atender, en su caso, a la previa declaración de acto de servicio emitida por la autoridad competente del Ministerio de Defensa o del Ministerio del Interior.

Dadas estas premisas, es lógico que el procedimiento previsto por la norma dé prelación a las actuaciones ante los Ministerios de Defensa/Interior, que será ante quien deba dirigirse el interesado para dar comienzo al procedimiento.

[93] Será la Dirección Provincial del INSS de la provincia en la que tenga su domicilio el interesado, como ocurre habitualmente en el RGSS.

[94] Habrá que estar al Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, además de las reglas generales contenidas en los artículos 193 y ss. TR LGSS.

Donde si encontramos una particularidad es en la previsión del art. 9 RD 1087/2015, que indica que si el grado declarado es el del IPT derivada de acto de servicio, dicha prestación (como ocurre con toda IPT) es compatible con el trabajo, pero –y ahí es donde está la singularidad– esas circunstancia determinará recalcular el complemento extraordinario de pensión con cargo al presupuesto del Estado de acuerdo con las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

VIII. EL TRASPASO DE LA GESTIÓN AL MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

1. Marco normativo del traspaso

Como hemos indicado, los militares y guardias civiles que hubieran accedido al cuerpo antes de 1-1-11, obtienen su cobertura por pensiones a través del sistema de clases pasivas, manteniendo en todo caso (accedieran antes o después de 2011) la cobertura del mutualismo en orden a las demás prestaciones.

Para tales funcionarios, el Sistema de Clases Pasivas no solo tiene importantes especialidades de fondo, sino también de gestión, y es que estaba a cargo del Ministerio de Defensa, y los pagos a cargo de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital). Sin embargo, este sistema de gestión cambia en octubre de 2020, como pasamos a analizar

1.1. El Real Decreto 2/2020, de 12 de enero por el que se reestructuran los departamentos ministeriales

El RD 2/2020, de 12 de enero, en su artículo 2 incluyó 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, y en el número 2 de dicho precepto, al estructurar el Ministerio, utiliza una novedosa fórmula para denominar a la Secretaría de Estado: "Secretaría de Estado de la Seguridad Social *y Pensiones*", voz esta última de la que se infiere que se refiere a pensiones extramuros de la Seguridad Social, pues de lo contrario sería redundante.

En consecuencia, Clases Pasivas deja de depender de los Ministerios de Hacienda y de Defensa (y el de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera). En la reorganización ministerial también quedó patente en el caso de Hacienda (no así en Defensa, sin que quiera decir que no se viera afectado). Así, el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, modificó en Hacienda, la denominación clásica de "Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas", pasando a llamarse "Dirección General de Costes de Personal" (art. 4). En Defensa, se mantiene la denominación "Dirección General de Personal" (art. 3), dado que terminológicamente no acotaba las pensiones (se ejecutaba por la División de Igual y Apoyo al Personal, y en concreto por su Área de Pensiones).

Es decir, la Administración que se encarga de las pensiones de los funcionarios del mutualismo administrativo deja de ser Hacienda o Defensa, y pasa a ser la Seguridad Social, como la del resto de los empleados públicos y trabajadores del sector privado. En materia de pensiones, solo quedarían fuera de este Ministerio los profesionales cuya cobertura se hace de forma alternativa a través de las Mutualidades de Previsión Social (cuya gestión se realiza desde el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital).

La norma no habla del mutualismo administrativo (prestaciones que no son pensiones) que sigue manteniéndose incólume, y ello pese a que el número de singularidades que presenta son cuantitativa y cualitativamente altas. Recuérdese, por otro lado, que dependen del Ministerio de Política Territorial y Función Pública (en el caso de MUFACE) Ministerio de Defensa (en caso del ISFAS) y Ministerio de Justicia (MUGEJU).

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 Estado. Eso afecta a:

— 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[95]

— 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

Por tanto, no se trata de sobrecargar de trabajo a los actuales funcionarios del INSS, sino que quienes actualmente gestiones estas pensiones, pasarán a hacerlo pero adscritos al 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 y/o liquidatorias.

1.2. Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo

En un Real Decreto-ley dedicado a la aprobación de medidas urgentes para apoyar la economía y el empleo ante la crisis de la pandemia COVID-19, de forma un tanto sorpresiva se incluye el traspaso en la gestión del Sistema de Clases Pasivas al INSS[96]. La urgencia derivaba de

[95] Según la Memoria 2018 de la Dirección General de Costes de Personal –datos a 31 de diciembre de 2018-, el número de efectivos adscritos a la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas es de 35, desglosados del siguiente modo: 1 Subdirector/a general (Complemento de Destino nivel 30), 1 Subdirector/a adjunto (Complemento de Destino nivel 29), 1 Coordinador/a de área (Complemento de Destino nivel 29), 4 jefes de área (Complemento de Destino nivel 28), 19 funcionarios jefes de servicio (Complemento de Destino nivel 26), y 9 laborales fijos o indefinidos (Técnicos Superiores de Gestión y Servicios Comunes). No consta su media de edad específica, pero sí la del conjunto de la Dirección General de Costes de Personal, que es de 55,15 años, con un tiempo medio de permanencia del personal en la Dirección General de 21,10 años. (https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/sepg/es-ES/CostesPersonal/MemoriasAnuales/Documents/Memoria%202018.pdf.

[96] El Preámbulo lo recoge dentro del bloque titulado "Medidas de Protección a los ciudadanos", y lo vincula al COVID-19 pero en el sentido de que «el calendario para llevar a cabo las modificaciones legales necesarias para la integración efectiva del Régimen de Clases Pasivas en el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se ha visto radicalmente alterado por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 en la que se han centrado los esfuerzos de la acción del Gobierno en las últimas cinco semanas», lo que a su juicio hace «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

que la situación parlamentaria impedía materializar la estructura organizativa derivada del RD 2/2020 hasta que dicha aprobación se produjese, imposibilitando el desarrollo por los órganos competentes de las funciones atribuidas por el RD 2/2020. Son, pues, razones de certidumbre y seguridad jurídica –en una materia particularmente sensible para la ciudadanía, como son las pensiones– las esgrimidas por el Ejecutivo para justificar la extraordinaria y urgente necesidad de la situación, requerida constitucionalmente para el empleo de la figura del Real Decreto-ley. Sin embargo, la utilización por parte del Ejecutivo de este "extraño" medio generó, como era previsible, por otra parte, el recelo y las críticas –en ocasiones alarmistas– de determinados sectores del funcionariado que veían en la misma una especie de "puerta de atrás", aprovechada para modificar la gestión de las pensiones de funcionarios, sin debate parlamentario previo y sin haber consultado a las organizaciones sindicales; y el punto de partida de un proceso cuyo objetivo final sería terminar con la autonomía del régimen de Clases Pasivas. Y la oposición planteó un recurso de inconstitucionalidad, que fue admitido por el TC, paralizándose la norma[97].

1.3. 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

Su importancia en este proceso es evidente, no solo porque perfila las entidades responsables de la gestión del sistema de Clases Pasivas dentro del nuevo Ministerio, sino porque sitúa la fecha a partir de la cual se producirá dicha integración, cuestión ésta que el RD-ley 15/2020 remitía al Real Decreto que aprobara la estructura ministerial. Y esa fecha es 6 de octubre de 2020[98].

2. Entidad responsable y fecha de asunción de competencias

Como hemos adelantado, el RD 497/2020, de 28 de abril, en su disp. adic. tercera aclara cuándo tendrá lugar la asunción de competencias por el nuevo Ministerio: el 6 de octubre de 2020, fecha en la que asumirá las competencias 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.

Pero se es consciente de que el traspaso de competencias puede tardar en completarse, y se contempla qué entidad será la responsable de la gestión en tres etapas:

---

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».

[97] En todo caso, son cinco los preceptos que dedica a esto, todas disposiciones adicionales, transitorias o finales:
- Disposición adicional quinta: Asistencia jurídica del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social durante el periodo transitorio de gestión del Régimen de Clases Pasivas.
- Disposición adicional sexta: Adaptación normativa de la legislación del Régimen de Clases Pasivas.
- Disposición adicional séptima: Financiación estatal de los gastos imputables a la gestión del Régimen de Clases Pasivas.
- Disposición transitoria segunda: Régimen transitorio en la gestión del Régimen de Clase Pasivas.
- Disposición final primera: Modificación del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

[98] Son cuatro los preceptos que nos interesan:
- Artículo 3.4: Asistencia jurídica por parte de un Servicio Jurídico Delegado, del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social durante el periodo transitorio de gestión del Régimen de Clases Pasivas
- Disposición adicional tercera: fecha a partir de la cual el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones asumirá las competencias derivadas del Régimen de Clases Pasivas
- Disposición adicional cuarta: Gestión del Régimen de Clases Pasivas por el INSS
- Disposición transitoria segunda: traspaso y gestión temporal del Régimen de Clases Pasivas (números 4 a 7).

2.1. Entidad responsable hasta el 6 de octubre de 2020

Hasta el 6 de octubre de 2020, y mientras que se procede a la integración efectiva de los créditos presupuestarios y de los medios materiales y personales adscritos a las funciones relativas al régimen de clases pasivas del Estado y a aquellas otras relacionadas con las prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos, 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, continuarán prestando servicios y retribuyéndose con cargo a los mismos créditos presupuestarios (disposición transitoria segunda, número 6, RD 497/2020, de 28 de abril).

No obstante, aprobado el RD de estructura del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (RD 497/2020, de 28 de abril), deben iniciarse los trámites para la adaptación de la gestión administrativa, contable, presupuestaria y financiera que permitan la asunción de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas por el INSS (disposición transitoria segunda, núm. 1, RD-ley 15/2020).

2.2. Entidad responsable desde el 6 de octubre y hasta tanto se complete el traspaso

Se trata de un período transitorio, que abarca desde esa 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 (Disposición transitoria segunda, núm. 1, RD-ley 15/2020 y disposición transitoria segunda, núm. 7, RD 497/2020). Incluso en el plano de la adaptación normativa, si bien la reforma introducida por el RD-ley 15/2020 da una nueva redacción al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, redacción que entrará 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[99].

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

[99] En esta fase, la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas se adscribirá a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Con el mismo carácter transitorio y hasta que se produzca la integración de la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas en el INSS, las competencias en materia de reconocimiento, gestión y propuesta de pagos de las prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos cuya competencia tenga atribuida la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social serán ejercidas por la citada Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas (Disposición Transitoria segunda, núm. 7, RD 497/2020). La disp. trans. segunda RD-ley 15/2020 detalla qué entidad es la responsable de las diferentes cuestiones en este período transitorio:
- Corresponderá a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la aprobación y compromiso del gasto, así como el reconocimiento de las obligaciones y propuesta de los pagos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como interesar del Ordenador General de Pagos del Estado la realización de los correspondientes pagos.
- La ordenación del pago y las funciones de pago material de estas prestaciones que correspondan a la TGSS serán realizadas por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.
- El reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas se reclamará por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas. No obstante, este Real Decreto no será de aplicación una vez que el INSS asuma la gestión del régimen, puesto que la nueva redacción del art. 16.1 RD legislativo 670/1987 establece que las cantidades indebidamente percibidas deberán reintegrarse en los términos y condiciones previstos en la normativa sobre reintegro de prestaciones indebidas del sistema de la Seguridad Social (Disposición final primera RD ley 15/2020).
- Toda reclamación económica en relación con el referido Régimen será competencia de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y del Tesoro Público.

del RD-ley 15/2020, de 21 de abril. En estos supuestos, una vez se haya producido el reconocimiento de la pensión, se remitirán al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el correspondiente pago[100].

Mientras la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social mantenga competencias en materia de clases pasivas, las funciones de asistencia jurídica serán ejercidas por el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social[101].

2.3. Entidad gestora una vez se complete el traspaso

Una vez finalizado el proceso, será el INSS el que gestione el régimen de clases pasivas (disposición transitoria segunda, núm. 7, y disp. adic. cuarta RD 497/2020). En ambos casos (período transitorio y definitivamente el INSS), las funciones que ejercerán serán (disp. adic. cuarta RD 497/2020):

a) reconocimiento, gestión y propuesta de los pagos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado,

b) la resolución de los recursos interpuestos frente a los acuerdos en materia de Clases Pasivas

c) las funciones de información y atención al público.

3. La nueva estructura organizativa

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 Social. La disp. trans. segunda 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. Así:

— Por resolución conjunta de las Subsecretarías de Defensa y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se arbitrarán las medidas precisas para asignar a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones los medios materiales y personales adscritos a la Dirección General de

[100] Disposición transitoria segunda, núm. 5, RD-ley 15/2020 y disposición transitoria segunda, número 7, RD 497/2020.

[101] Disp. adic. quinta RD-ley 15/2020. Para ello, se crea un Servicio Jurídico delegado, que dependerá funcionalmente de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y orgánicamente se integrará en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. Se adscribe a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (art. 3.4 y disp. trans. segunda RD 497/2020). Dicha asistencia jurídica comprenderá tanto 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 (disp. adic. quinta RD-ley 15/2020 y art. 3.4 RD 497/2020).

Personal del Ministerio de Defensa para el ejercicio de las funciones relativas al régimen de clases pasivas del personal militar (núm. 4 disp. trans. segunda)

— Por resolución conjunta de las Subsecretarías de Hacienda y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se arbitrarán las medidas precisas para asignar a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones los medios materiales y personales adscritos a la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda, 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 (núm. 5 disp. trans. segunda)

No obstante, el traspaso al INSS no alcanza a las competencias que la Sanidad Militar tiene para realizar los reconocimientos médicos en los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas y su posible relación con el servicio y, en su caso, con la consideración de atentado terrorista, así como para declarar el grado de discapacidad. Los dictámenes de la Sanidad Militar tendrán carácter preceptivo y vinculante (número 6 de la disp. adic. RD-ley 15/2020).

4. Financiación

Además de haber una integración de medios materiales y personales, se prevé un traspaso financiero. No habrá recaudación de cuotas por parte de la TGSS, sino que «El Estado transferirá a la Seguridad Social el importe necesario para la financiación de la totalidad del gasto en que incurran el INSS, la TGSS, 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 por la gestión del Régimen de Clases Pasivas del Estado». Por tanto, el traspaso de la gestión del régimen de Clases Pasivas no va a tener efectos sobre las "cuentas" de la Seguridad Social, desde el momento en que los recursos necesarios para la financiación de todo el gasto derivado de dicha gestión seguirán procediendo de los Presupuestos Generales del Estado[102].

No podemos dejar de subrayar que el Régimen de Clases Pasivas tiene un sistema de financiación muy diferente al del RGSS, en tanto que la forma de determinar la aportación del asegurado es totalmente distinta. Así, el tipo de cotización es del 3,86% (al que se añade el 1,69% para la cobertura de MUFACE/ISFAS/MUGEJU), y no se aplica sobre la base de cotización, sino sobre el haber regulador que para cada grupo se fija en la Ley de Presupuestos. Es decir, es un sistema de bases tarifadas, en la que la cuota es fija con independencia de las retribuciones que realmente tenga el funcionario, de modo que se recauda menos que lo que se obtendría si se aplicasen las reglas del RGSS.

Por otro lado, corresponde a los órganos competentes del Ministerio de Defensa la resolución de los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas del personal militar, con la correspondiente declaración de pase a retiro, resolución del compromiso o utilidad con limitaciones para determinados destinos, incluidos los que sean en acto de servicio o a consecuencia de atentado terrorista, así como la declaración de pase a retiro del personal militar de conformidad con la legislación militar vigente (disp. adic. séptima RD-ley 15/2020).

[102] En particular, dentro de la Sección 15 (Ministerio de Hacienda y Función Pública) de los Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2018, hay que estar al Programa 219N de Gestión de pensiones de Clases Pasivas, soporte instrumental para la ejecución de los programas 211N Pensiones de Clase Pasivas, 211O Otras pensiones y prestaciones de Clases Pasivas 212N Pensiones de guerra, de la Sección presupuestaria 07 (Clases Pasivas): dotación inicial de 5.808,82 miles de euros.

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

5. Adaptación normativa

El cambio orgánico tiene su correlativo reflejo en la adaptación normativa, de modo que toda referencia recogida en la normativa a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda o a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, se entenderá hecha al Instituto Nacional de la Seguridad Social (disposiciones adicionales sexta y octava, y final primera RD-ley 15/2020), a partir de 6 de octubre de 2020.

Y en la misma línea, pero de forma expresa, en esa fecha entrará en vigor la nueva redacción dada a determinados preceptos del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (disposición final primera RD-ley 15/2020), en la que básicamente se reemplaza la alusión de los organismos anteriormente competentes, por las nuevas entidades encargadas de la gestión[103].

Como hemos adelantado, fuera de la mera sustitución de una entidad por otra, la cuestión más relevante es la nueva redacción que se da al apartado 1 del artículo 16, dedicado al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, que preveía que tales cantidades se reintegraran al Tesoro por ellos o sus derechohabientes y si no lo fuesen serán exigibles por la vía de apremio, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden en que hubiera podido incurrirse, y pasa a remitirse dicho reintegro a los términos y condiciones previstos en la normativa sobre reintegro de prestaciones indebidas del sistema de la Seguridad Social.

6. Procedimientos y jurisdicción

Al igual que ocurre con la tramitación de las prestaciones de la Seguridad Social, la tramitación de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas del Estado se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Pasando ya específicamente al análisis de las competencias que en el ámbito de las Clases Pasivas se van a ver traspasadas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, las mismas, como ya ha quedado puesto de relieve, van a afectar únicamente al reconocimiento y gestión de las prestaciones. Suponen, por tanto, el traspaso administrativo de esté Régimen de un Ministerio a otro, sin que se vean afectadas la cobertura jurídica y presupuestaria precisa para que dicho régimen

[103] Así, se reemplaza:
- Abogacía del Estado por Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social: art. 8
- Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social: art. 8
- Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas por el INSS: art. 11, 12, 13, 14, 37 ter, 37 quater, 47, disposición adicional duodécima; disposición adicional decimoquinta
- Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa por el INSS: art. 37 ter, disposición adicional duodécima
- Consejo Supremo de Justicia Militar por la expresión: sin perjuicio de la competencia que tiene el Ministerio de Defensa en la determinación de la naturaleza de acto de servicio: art. 47
- Dirección General del Tesoro y Política Financiera por la Tesorería General de la Seguridad Social: art. 12
- Tesoro Público por el INSS: art. 34
- Tesoro Público por el Administración de la Seguridad Social: art. 34
- Ministerios de Trabajo e Inmigración, y de Economía y Hacienda, por Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y de Hacienda: disposición adicional duodécima).

continúe en los términos actuales, sin merma alguna de su calidad. El INSS resolverá y reconocerá las prestaciones aplicando el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril[104].

Como excepción, el traspaso al INSS no alcanza a las competencias que la Sanidad Militar tiene para realizar los reconocimientos médicos en los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas y su posible relación con el servicio y, en su caso, con la consideración de atentado terrorista, así como para declarar el grado de discapacidad. Los dictámenes de la Sanidad Militar tendrán carácter preceptivo y vinculante (número 6 de la disp. adic. RD-ley 15/2020).

Tampoco se ve modificada la jurisdicción competente para resolver los asuntos litigiosos respecto de lo que ocurría antes de adscribirse al INSS, que seguirá siendo la contencioso-administrativa, y no la social, pese a que sea el INSS quien resuelva. En este sentido, la nueva redacción del art. 14.1 RD legislativo 670/1987 establece que "los acuerdos del Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia de Clases Pasivas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con carácter previo a la vía contencioso-administrativa podrá interponerse recurso potestativo de reposición ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social".

IX. CONCLUSIONES

1. Honor y Seguridad económica. Estos son dos de los reconocimientos que cualquier servidor del Estado espera obtener en caso de pérdida de la capacidad y aptitudes físicas que le permitía formar parte de las Fuerzas Armadas. Máxime, si esa pérdida de capacidad se produce en acto de servicio. Es la confianza de que no sufrirá el abandono de aquéllos por los que ha arriesgado y expuesto su integridad física y la vida.

[104] Las competencias básicas objeto de traspaso aparecen previstas en los artículos 11 y 12 RD legislativo 670/1987, en la redacción dada por el RD-ley 15/2020, así como en Disp. adic. cuarta RD 497/2020. En particular:
- Reconocimiento y gestión de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado causadas en favor del personal contemplado en el art. 3.1 RD legislativo 670/1987 (funcionarios civiles, incluidos los de la Administración de Justicia, Cortes y otros Órganos Constitucionales) o de sus familiares corresponderán al INSS, sin perjuicio de las funciones que en la materia corresponda ejercer a los Servicios Jurídicos, Fiscales o Intervenciones Delegadas correspondientes (art. 11).
- Respecto a la competencia para el pago de las prestaciones de Clases Pasivas (art. 12), corresponderá al INSS la realización de las funciones inherentes al reconocimiento de las obligaciones y propuestas de los pagos, así como la administración y disposición de los créditos para prestaciones de Clases Pasivas.
- Resolución de los recursos interpuestos frente a los acuerdos en materia de Clases Pasivas
- Reconocimiento del derecho a transferir al sistema de previsión social de la Unión Europea el equivalente actuarial de los derechos pasivos de los funcionarios civiles españoles, acreditados hasta el momento de su ingreso en las instituciones europeas.
- Auditorías a habilitados de Clases Pasivas, con objeto de examinar el cumplimiento de la obligación contenida en la Disposición final primera del RD 193/2010, de 26 de febrero, sobre sistemas de pago de los haberes de Clases Pasivas del Estado.
- Control de la incompatibilidad del percibo de las pensiones de jubilación y retiro de Clases Pasivas con el desempeño de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en un Régimen Público de Seguridad Social
- Comprobación de que los pensionistas que están percibiendo complemento para mínimos no obtienen rentas anuales superiores a las establecidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado
- Verificación de situaciones de incompatibilidad en el percibo de las pensiones de orfandad de Clases Pasiva
- Expedientes de reintegros de prestaciones percibidas indebidamente.
- Funciones de información y atención al público (ciudadanos y pensionistas), así como recepción de documentación y emisión de certificados

2. Desde antiguo, perder la aptitud no siempre ha sido obstáculo para seguir perteneciendo a la milicia. Cuerpos de inválidos o mutilados han existido en numerosos países, y en el nuestro hasta mediados de los ochenta del siglo pasado. Y las primeras pensiones, se sitúan precisamente en este ámbito.

3. Hay un cambio de paradigma en los años ochenta. Sí hay una cobertura económica para los militares profesionales, pero su integración laboral desaparece junto con el cuerpo de mutilados de guerra. Los soldados viejos y estropeados quedan fuera del ámbito castrense. Con ello se dio un paso atrás en la integración laboral de los militares discapacitados. No había hueco para los retirados dentro de las FAS, y sus pensiones tampoco atienden de forma efectiva el derecho a la reparación, al trasladar el esquema común de las pensiones, al aplicar la figura de los topes máximos a las prestaciones extraordinarias.

4. En los últimos años se está produciendo un giro importante. Se ha avanzado considerablemente, aunque queda mucho por recorrer. El impulso, formalmente, ha venido por los instrumentos internacionales en materia de discapacidad. No obstante, muchos de esos derechos globales de las personas con discapacidad no encajan en el derecho a la reparación, dando lugar a intentos baldíos de construir la integración laboral de los militares discapacitados en base al Derecho de la Discapacidad. Ese Derecho debe ser un apoyo, pero no la base fundamental. Realmente, los pilares están en el Derecho a la Reparación.

5. El marco jurídico-protector de la discapacidad de los militares en España ha experimentado un notable giro en año 2015. Los cambios que se asientan en la filosofía del derecho a la reparación. No se les protege solo por ser personas con discapacidad, sino por perder la capacidad en acto de servicio; o en atención a las especiales exigencias que requería su puesto. Han sido varias las reformas legislativas que han incidido en materia de ascensos honoríficos, nuevas reglas para su IP para los incluidos dentro del RGSS; aprobación del Plan Integral de Apoyo a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas y creación de la Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas en enero de 2016. El RD 71/2019, de 15 de febrero, también ha eliminado algunas de las reglas que ponían en peor situación a los militares con vínculo temporal, caminando hacia la equiparación no solo con el RGSS, sino con el conjunto de los militares. Y desde el punto de vista de la gestión, en 2020 se ha dado un paso importante al pasar la gestión de clases pasivas al INSS.

6. Sin embargo, siguen habiendo "sombras", no todo son luces. Así, el que las pensiones extraordinarias del 200% en caso de incapacidad en acto de servicio sigan sometidas a los topes máximos. Como observó la Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de enero de 2016, la solución debe venir por un cambio legislativo. Así debe ser, porque esta limitación frustra las legítimas expectativas que se pueden hacer nuestros militares tras un acto de servicio, socavando así la filosofía reparadora que debe regir esta regulación: permitir que el retiro sea con honores.

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Blasco Lahoz, J.F., *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006.

Blasco Lahoz, J.F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014.

Blasco Lahoz, J.F., *Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, Bomarzo, Albacete, 2014.

Cabra de Luna, M.A., «Grado de Transversalidad de la Convención en el Derecho Militar», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 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*, Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina (MADOC), Granada, 2014.

De La Villa Gil, L.E., «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.

De La Villa Gil, L.E., «Prefacio» a Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978). De la Ley de Partidas al ISFAS*, ISFAS, Madrid, 2008.

Fernández Nieto, M., «Sobre el Prólogo de la Segunda Parte de El Quijote», *Revista de Historia Militar*, núm. Extra, 2015.

Gete Castrillo, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

Leig, I y Born, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, OSCE, 2008.

López Gandía, J. y Momparler 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.

Maldonado Molina, J.A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS, TGSS, Madrid, 2002.

Maldonado Molina, J.A., «Recolocación de militares con discapacidad en las Fuerzas Armadas. Análisis del marco jurídico», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 2014.

Maldonado Molina, J.A., «Dependencia y Sistema de Seguridad Social», en VV.AA., *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Comares, Granada, 2014.

Maldonado Molina, J.A., «Seguridad Social 0 reestructuración de las Administraciones Públicas», en Monereo Pérez y Castillo Blanco (Dirs.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015.

Maldonado Molina, J.A., «Discapacidad y Fuerzas Armadas», *Revista de Historia Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, núm. 105, 2016.

Mercader Uguina, J.R. y Muñoz Ruiz, A.B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Comentario al artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas», en VVAA, *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012**.**

Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., «El Derecho a la Protección de las personas con minusvalías», en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

Monereo Pérez, Moreno Vida, Almendros González, Maldonado Molina, Fernández Avilés, *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010.

Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, Mª.N.; Maldonado Molina, J.A.; González de Patto, R.Mª., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014.

Muñoz Escandell, I., «Obligación y responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El derecho de reparación», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 2014.

Pérez-Foncea, J.A., *El héroe del Caribe*, Ed. Libros Libres, Madrid, 2012.

Puell de la Villa, F, *Historia de la Protección Social Militar en España (1265-1978). De la Ley de Partidas al ISFAS*, ISFAS, Madrid, 2008.

Puell de la Villa, F, «La protección de la discapacidad en los Ejércitos: una mirada retrospectiva», en Medina Torres y González-Badía Fraga, Coords., *Apuntes y reflexiones sobre discapacidad militar.* Actas del IV Seminario Internacional sobre Discapacidad Militar, Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina, MADOC, Granada, 2014.

Rodríguez Cardo, I.A., «El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: una visión panorámica del mutualismo militar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

Rojo Pinilla, J.A., *Cuando éramos invencibles*, El Gran Capitán Ediciones, Madrid, 2015.

Ruméu De Armas, A., *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

Vida Soria, J., «Sobre la inactualidad del régimen de Clases Pasivas», *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963.

Viñes Millet, C., «El Cuerpo de Inválidos y su organización, en el contexto de la Reforma del Ejército del siglo XVIII», *Revista de Historia Militar*, núm. 52 1982.