

DRA. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora TEU. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Extracto:

HABIDA cuenta que las diferencias existentes entre el régimen general de la Seguridad Social y el de clases pasivas no son -ni mucho menos- insalvables, cobra plena actualidad la tesis relativa a lo insuficiente, al día de hoy, de una mera aproximación entre ambos regímenes de protección social; aún más, es imprescindible -o cuando menos necesario- abogar por una completa integración del citado régimen especial en el común de la Seguridad Social.

La sinrazón de mantener la separación tradicional entre dos regímenes de Seguridad Social (el de trabajadores por cuenta ajena y el de funcionarios públicos), que arrancan, por igual, de una actividad de idéntica naturaleza -dependiente y sometida- (1), ha movido a la doctrina -al menos a ciertos sectores de la misma- a defender la integración del régimen especial de los funcionarios en el régimen general (2) o, más prudentemente, a sostener -cuando menos- un progresivo acercamiento entre los dos sistemas (3). Y ello porque -como con acierto ya había señalado la mejor doctrina- la

- (1) Si una por una se fueran tomando las características que perfilan legalmente el contrato de trabajo a tenor del artículo 1.1 ET (servicios voluntariamente prestados, retribuidos, por cuenta ajena y desarrollados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona), «se vería que convienen tanto a la relación funcional como a la relación laboral». ALONSO OLEA, M.: «Los límites de una aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en VV.AA.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 52.
- Procede tomar como premisa de partida cómo la pluralidad de prestaciones que configuran el trabajo en la actividad de la Administración Pública denota la aparición de una estructura organizativa asentada sobre bases similares -por no decir casi idénticas- a las que informan las estructuras productivas privadas, no sólo porque reproducen los esquemas tradicionales para la clasificación de los sistemas organizativos por razón de su objeto -bienes, relaciones jurídicas, personas- sino también porque emplean técnicas muy parecidas -si no idénticas- a las estrictamente empresariales. En el ámbito de las llamadas «relaciones jurídicas internas» de la Administración cabe identificar la «existencia de una potestad organizatoria, una potestad de mando jerárquico, una potestad reglamentaria o una potestad disciplinaria, que coinciden con determinadas posiciones unilaterales atribuidas al empresario común». DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, M.: *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, pág. 94.
- Sin olvidar, además, que los principios informadores de la actuación pública reproducen criterios idénticos a los utilizados en la esfera productiva privada, a saber: economía, celeridad, eficacia, autoridad, estructuración jerárquica, distribución funcional de competencias, disciplina, secreto, etc. SAINT-JOURS, I.: *Les relations du travail dans le secteur public*, París, 1976, págs. 1 y 2; GRANDI, M.: «Il codice di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine»; CERRI, A.: «Il diritto di riservatezza ed i controlli sui pubblici dipendenti»; CESTER, C.: «Brevi osservazioni su c.d. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni»; VALLEBONA, A.: «Il codice di condotta dei dipendenti pubblici et i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione», todos en *Riv. Giur. Lav.*, 1994, T. I, págs. 365, 373, 377 y 381, respectivamente.
- Es más y como no podía ser de otra forma, la vigencia de tales principios no se manifiesta sólo sobre la organización administrativa pública sino que encuentra proyección en las propias aportaciones personales de quienes intervienen en la misma, habida cuenta la coordinación de las distintas prestaciones pretende la consecución de unos objetivos en los que la idea de eficacia no es ajena, en última instancia, al concepto típicamente empresarial de productividad. PRADOS DE REYES, F.: «Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público» (I), *AL*, núm. 16, 1990, pág. 189.
- (2) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *TL*, núm. 40, 1996, pág. 104.
- (3) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1988, pág. 94. Se ha señalado, en este sentido, que «desde el punto de vista social, y dado que las pensiones del régimen general de la Seguridad Social son más ventajosas que las del sistema de clases pasivas del Estado, en las sucesivas normas presupuestarias ha de seguirse alimentando el proceso de aproximación entre ambos sistemas, para lo cual habría de afrontarse la unificación de formas de cálculo de las pensiones en cuanto a haberes reguladores y porcentajes en favor de lo previsto en el régimen general de la Seguridad Social para, antes que nada, lograr acercar lo más posible los haberes pasivos a los que en situación de actividad percibía el causante inmediatamente antes de jubilarse, porque este problema y no otro fue el principal que surgido del Estatuto de clases pasivas, ha llegado, eso sí, amortiguadamente, a nuestros días». CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona, 1996, pág. 340.

Seguridad Social de los funcionarios públicos puede ser analizada «tomando como base la idea de que el funcionario es un trabajador por cuenta ajena que, como otro cualquiera, cede los frutos de su trabajo a cambio de una remuneración y de una serie de prestaciones conexas con la misma, una de las cuales sería la garantía contra determinados riesgos» (4).

Sin apartar la atención de la premisa anterior no conviene olvidar que la variedad de regímenes trae aparejadas indudables trabas de carácter administrativo, derivadas de la existencia de facultades autónomas en la gestión del sistema, confiadas a entidades de diversa naturaleza y dando pie, por tanto, a una compleja trama organizativa, en la cual se multiplican las especialidades hasta el punto de generar «burocratismos» que, a fin de cuentas, favorecen situaciones de desprotección, infraprotección y superprotección (5); conlleva, además, una dificultad adicional en la gestión unitaria y coordinada de los recursos económicos, al igual que en el control de la aplicación de éstos, de manera que es más sencillo el «escapismo» de los grupos profesionales que pretenden eludir el sistema a fin de conservar u obtener determinados privilegios (6). En síntesis, los regímenes especiales no sólo son excepcionales, sino también transitorios; el destino final de la mayoría de ellos, siempre y cuando las condiciones técnicas lo permitan, habrá de ser su disolución en el régimen general que, a estos efectos, actúa como centro de atracción y modelo (7).

(4) ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957, págs. 16-17.

(5) Se ha llegado a señalar incluso que es precisamente en los regímenes especiales «externos» en los que anida la mayor desigualdad, la insolidaridad máxima y la disgregación normativa y operativa más graves. De hecho, tales regímenes «externos» equivalen «al peor síntoma de descomposición del pretendido sistema, de cuyos principios, técnicas aplicativas, organización gestora, solidaridad financiera y procedimiento de enlace y coordinación se separan con manifiesta autonomía. Entre tales regímenes especialísimos destacan..., sobre todo, los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos». GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1995, pág. 35.

(6) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª edición, Madrid, 1991, págs. 323 y ss.

(7) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)», *REDT*, núm. 81, 1997, pág. 27.

No en vano tanto en el contexto de la Ley de Seguridad Social de 1966, del Texto Refundido de 1974 o del actual Texto Refundido de 20 de junio de 1994 (en adelante TRLGSS), la existencia de regímenes especiales no sólo es una situación excepcional, únicamente explicable por razones de índole estrictamente técnica, sino que, además, tal excepcionalidad, lejos de merecer la consideración de definitiva, debe quedar sometida a un proceso de homogeneización capaz de provocar su desaparición. VIDA SORIA, J.: «Régimen general y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia*, núm. 3, 1972, págs. 50-51; TORTUERO PLAZA, J.L.: «Armonización del sistema de pensiones», en VV.AA.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, págs. 102-121.

La estructura del sistema español de Seguridad Social era calificada hace una década por la doctrina como «discriminatoria, excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad socioeconómica actual, confusa y de complicada gestión», al punto de provocar reacciones en favor de una racionalización y mejor sistematización estructural (necesariamente orientada a una disminución del número de regímenes especiales) que, lejos de quedarse en argumentos doctrinales supondría una implicación necesaria para partidos políticos, interlocutores sociales y grupos afectados. DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ SANCHO, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, 1986, págs. 147-148, recogiendo la opinión de BAYON-CHACÓN, VIDA SORIA, DE LA VILLA y DURÁN HERAS.

Y, una década después, cuando desde posiciones muy diversas se plantea la necesidad de efectuar un análisis del actual sistema de protección social y de las perspectivas de futuro del mismo, surge de nuevo, e inevitablemente, la discusión generalizada en torno a la fragmentación del sistema público de pensiones «de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien

Es más, y sentado lo anterior, conviene aclarar ya desde un principio -aun a riesgo de adelantar conclusiones- cómo, si es menester afirmar sin ambages que para obtener dentro de la Administración una eficacia pareja a la alcanzada por el sector privado será necesario -o mejor obligado- aplicar sus técnicas (8), el «fraccionado y discriminatorio» sistema de protección social de los funcionarios públicos no parece sino una verdadera reliquia de otros tiempos» (9).

En efecto, pese al moderado pero continuo proceso de acercamiento -insuficiente, por lo demás, a todas luces- que en las dos últimas décadas -por no mencionar precedentes anteriores- ha venido experimentando el régimen de cobertura no sólo de funcionarios sino también el general (10), los

en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando no obstante las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo». El Pacto de Toledo apuntó hacia una definitiva superación de la vigente estructura del sistema de Seguridad Social y hacia la implantación de una nueva y distinta arquitectura en la cual la idea misma de una estructura fraccionada en un régimen general y diversos regímenes especiales queda sustituida por dos regímenes ordinarios o comunes para cada una de las dos grandes categorías de trabajadores y cuyos respectivos ámbitos de cobertura habrían de recoger las oportunas particularidades a fin de encontrar acomodo con la realidad social. VALDÉS DAL-RE, F.: «Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos», *RL*, núm. 17, 1995, pág. 4.

- (8) Como un elemento derivado más de la llamada «huida del Derecho Administrativo», o utilización del Derecho privado por entes o sujetos que cumplen funciones administrativas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I), Madrid, 1995, págs. 385-388; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente», *RAP*, núm. 126, 1991, págs. 63 y ss.; SALA ARQUER, J.: «Huida del Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.; BORRERO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, 1993, págs. 233-249; DEL SAZ CORDERO, S.: «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 135, 1994, págs. 57-98; VV.AA.: *La Administración instrumental. Libro-Homenaje a M.F. Clavero Arevalo*, Madrid, 1994; LAGUNA DE PAZ, J.C.: «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

Este fenómeno, largamente anunciado por la doctrina, viene cobrando un renovado interés en los últimos tiempos habida cuenta su trascendencia lo sitúa en la función oblicua, de evasión o fuga, que para la actividad administrativa cumple este instrumento, a través del cual consigue eludir las reglas de contratación pública y los sistemas de responsabilidad y de inalienabilidad de los bienes o de personal. Esta huida del Derecho público no es, empero, sino una manifestación más del particular proceso de privatización que comienza a instalarse, en estos momentos, en la realidad económica española. DE LA SERNA BILBAO, M.N.: *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Pamplona, 1995.

- (9) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1997, pág. 13.
- (10) Se ha señalado -con acierto- que «los regímenes funcionariales giran ya, con mayor o menor autonomía, en la órbita de la Seguridad Social», bien sea por el amplio concepto de la misma, bien porque materialmente se han dado notorios pasos en la homogeneización de trato entre clases pasivas y Seguridad Social. DESDENTADO BONETE, A.: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de la Protección Social"», *RL*, 1996, T. I, pág. 486.

No cabe desconocer tampoco el progresivo acercamiento entre el personal funcionario y el personal laboral al servicio de la Administración Pública, de forma que el régimen jurídico del personal laboral ha ido asimilando características propias del régimen funcional y, en sentido inverso, las sucesivas reformas de la función pública han ido introduciendo elementos propios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fundamentalmente relacionados con los derechos colectivos, pero también -aunque en menor medida- con los aspectos individuales de la prestación de servicios. SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, 1989.

A modo de ejemplo: la importación de elementos propios del sistema de puestos de trabajo, que desvirtúa en gran medida el papel central que la organización en cuerpos representaba en el sistema tradicional de función pública; la introducción de un esquema retributivo cercano al laboral, que vincula parte de los complementos salariales al desempeño de determinados puestos de trabajo; la adopción de un régimen de jornada, permisos y vacaciones paralelo al del Derecho Laboral; la introducción de mecanismos de movilidad funcional, como la redistribución de efectivos, la remoción de puesto de trabajo por supresión del puesto o ineptitud sobrevenida; el establecimiento de mecanismos semejantes al de la suspensión de las relaciones de servicios por ausencias al trabajo por huelga y, posteriormente, por

intentos legislativos de integrar ambos complejos institucionales en un sistema único han sido, en realidad, más formales que efectivos (11), no en vano siguen existiendo radicales diferencias entre el régimen general de la Seguridad Social y el de clases pasivas (12). Ahora bien, aun cuando tales diferencias no son insalvables, habida cuenta la coincidencia en los riesgos protegidos (vejez, incapacidad, muerte y supervivencia) (13) y en el carácter de las contingencias (comunes -que dan lugar a prestaciones ordinarias en el régimen de clases pasivas- y profesionales -en acto de servicio o como consecuencia del mismo en el régimen de clases pasivas con derecho a prestaciones extraordinarias), no es menos cierto que denotan una serie de quiebras e imperfecciones en el concepto del régimen español de Seguridad Social de los funcionarios públicos, entre las cuales cabe hacer referencia, como más significativas, a las siguientes (14):

- 1.ª La «numerosa y desconcertante» (15) legislación que regula los derechos pasivos de los funcionarios ha venido sucediéndose a lo largo del tiempo (16), sin que la posterior derogue a la anterior, que continúa vigente para los casos incluidos dentro de su ámbito de apli-

incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo; la regulación de mecanismos de flexibilización de plantillas, a través de los llamados «planes de empleo», con medidas de suspensión de las relaciones, excedencias forzosas o jubilaciones anticipadas, introducidos en la importante reforma establecida en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre; y, en fin y como después se verá, la extensión del ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social a amplios colectivos de los empleados de la Administración institucional y de las Comunidades Autónomas, y, más recientemente, a los funcionarios de las Corporaciones Locales. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 484-485.

- (11) BORRAJO DACRUZ, E.: «La Seguridad Social en la Constitución Española», en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1.488. Con gran acierto se ha dicho también que la protección social de los funcionarios públicos se ha conformado por una serie de regímenes pensionísticos «fruto de la inercia histórica y la crónica incapacidad legislativa de integrarles en el marco general de la Seguridad Social, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años por la simplificación interna de aquel cuadro y la progresiva aproximación al régimen común de protección». GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, 1997, pág. 78, nota 119.
- (12) CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *RSS*, núm. 37, 1988, págs. 127 y ss.
- (13) ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Derechos pasivos», en VV.AA.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo II, Madrid, 1995, pág. 2.404.
Los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación personal del régimen de clases pasivas, al ocurrir el hecho causante tienen derecho a prestaciones económicas de pago periódico, vitalicias o temporales, que pueden clasificarse en ordinarias o extraordinarias, según que su hecho causante se produzca o en circunstancias ordinarias o bien por razón de lesión, muerte o desaparición producida por acto de servicio o como consecuencia del mismo (art. 19 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril). Estas prestaciones equivalen a las establecidas en el régimen general de la Seguridad Social para los riesgos de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia derivados o no de accidente o enfermedad común o laboral. CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *cit.*, pág. 144.
- (14) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, *cit.*, págs. 28-30, autores a quienes se sigue en esta exposición.
Los defectos del sistema de Seguridad Social de los funcionarios se han venido poniendo de manifiesto desde antiguo llegándose, incluso, a afirmar que el régimen de clases pasivas «se nos muestra como una obra inacabada, en la que el paso del tiempo pone al descubierto su vetustez, la que no puede disimularse ni aun revocando su fachada con el estilo más moderno». CARRASCO BELINCHÓN, J.: «El sistema de clases pasivas y de Seguridad Social de los funcionarios públicos estatales. Su revisión», *RAP*, núm. 39, 1962, pág. 427.
- (15) CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona, 1996, pág. 17.
- (16) Que obedece, en definitiva, al «carácter aluvional de las reformas y enmiendas». VIDA SORIA, J.: «Sobre la inactitud del régimen de clases pasivas», *DA*, núm. 71, 1963, pág. 78.

cación. De este modo, y por fechas de entrada en vigor, una legislación aparece solapada a otra (de ahí su complejidad), si bien -como es lógico- el mero transcurso del tiempo va dejando a la legislación más antigua vacía de supuestos y carente de aplicación (17).

Al hilo de lo anterior conviene recordar cómo, pese a la señalada pluralidad y dispersión de las fuentes reguladoras, es indudable que, al menos en un principio, la constitución del sistema de clases pasivas en el sector público, destinado a la protección de las contingencias de vejez, invalidez, muerte y supervivencia, mediante un conjunto de pensiones o haberes pasivos, fue una expresión más de lo que la doctrina denominó «situación de privilegio del funcionario público en relación con el trabajador privado» (18). En efecto, como en otras Administraciones europeas, la Administración Pública española fue precoz en la creación de sistemas de protección social de los empleados públicos en un momento en que la Seguridad Social no existía; haciendo referencia directa a los riesgos que amenazan la normalidad del ingreso procedente del trabajo, los funcionarios públicos disfrutaron mucho antes que nadie de una serie de derechos muy estimables: permisos de enfermedad con todo o parte del sueldo, descanso retribuido por maternidad, jubilación anticipada (de nuevo con todo el sueldo), pensión extraordinaria en caso de fallecimiento cuando la invalidez o la muerte sobrevinieran en acto de servicio, utilización gratuita (para las fuerzas armadas y de otros sectores burocráticos) de servicios médicos y farmacéuticos, y, sobre todo, pensiones de retiro o jubilación y de viudedad y orfandad. No puede parecer extraño, por tanto, que la situación de los funcionarios haya sido durante largo tiempo el prototipo o modelo al que tendían en sus luchas o en sus estudios las organizaciones obreras y los reformadores sociales, al punto de poder afirmar que casi todas las medidas concretas de Seguridad Social aparecen en la normativa de funcionarios cincuenta o más años antes que en la legislación general del trabajo. No obstante lo anterior, esta situación se invirtió *a posteriori* con la aparición de la Seguridad Social laboral, cuyos mecanismos de cobertura superaban con creces al sistema de clases pasivas (19); es más, al examinar en el momento actual

-
- (17) CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *cit.*, pág. 125.
- (18) JORDANA DE POZAS, L.: «La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España», *CPS*, núm. 12, 1951, págs. 17-18. En el mismo sentido, GARCÍA PASCUAL, P.: «La permanencia y la Seguridad Social del personal de la Administración Pública», *DA*, núm. 30, 1960, pág. 25.
- (19) Llegándose a denominar este fenómeno «funcionarización del trabajador y proletarización del funcionario». BLANCO, J.A.: «La sobrevenida inferioridad de los funcionarios públicos», *DA*, núm. 71, 1963, págs. 9 y ss. Con sede y acierto se ha señalado que «puede admitirse, realmente, que el funcionario público tiene hoy cubiertos, por una serie de mecanismos superpuestos, la mayor parte de las contingencias que delimita el sistema español de Seguridad Social. E incluso diré más: en términos generales, el funcionario público civil del Estado queda mejorado, como en tantos otros aspectos, frente al trabajador por cuenta ajena de la industria y servicios, es decir, frente al destinatario del régimen general de la Seguridad Social, considerado como el régimen más perfecto y generoso de cuantos componen el ordenamiento español de Seguridad Social. Hay que considerar, sin embargo, que a falta de una investigación sobre el dato concreto, es fácil llegar a una tesis contraria, quizá puramente intuitiva o quizá basada en el fenómeno que yo mismo he denominado de sobrevenida inferioridad del funcionario público respecto del trabajador, al menos en un plano psicológico...». DE LA VILLA GIL, L.E.: *Estudios sobre Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1971, págs. 314-315.
- En concreto, han sido apuntadas como causas detonantes de tal proceso las siguientes: «1) La intervención estatal en el mundo laboral, impuesta fatalmente por los abusos y luchas clasistas, determinó la regulación de las relaciones de trabajo en todos sus aspectos: consideraciones morales, políticas, jurídicas y económicas. 2) El hecho de que la intervención estatal se produjese en un momento histórico presidido por los principios de Seguridad Social, y también como consecuencia de los mismos, determinó la implantación de un régimen en el que no sólo se regulan las condiciones de trabajo sino que se estiman las necesidades globales del trabajador en sus diversos aspectos, con lo cual éste

la situación respectiva de los funcionarios públicos y de los trabajadores por cuenta ajena desde el punto de vista de la protección social, llama extraordinariamente la atención que ahora -y ya desde principios de siglo (20)- sea el trabajador privado quien está «más pro-

ha logrado: una situación tan estable como la del funcionario, mejor retribución y, además tener cubiertos todos los riesgos que le amenazan tanto en el desarrollo de su actividad como los que afectan a su existencia y posibilidades económicas familiares». CARRASCO BELINCHÓN, J.: «El Estatuto de clases pasivas y la Seguridad Social del funcionario público», *DA*, núm. 12, 1958, pág. 28.

- (20) Mención especial merecen -aunque sea únicamente por su interés histórico- una serie de hitos normativos detonantes del progresivo debilitamiento sufrido por los funcionarios públicos en cuanto a su protección social, a saber:

La legislación de accidentes de trabajo (Decreto-Ley de 8 de octubre de 1932) extendió el concepto de patrono a las Administraciones Públicas pero la aplicación de los beneficios de esta ley quedó de hecho circunscrita a los obreros por la enumeración contenida en el artículo 7 de la misma y por la limitación del sueldo para los empleados de oficina; solamente se extendieron los beneficios de modo expreso al personal más modesto del servicio de correos. Por Orden de 22 de enero de 1941 se exceptuó del Seguro de Accidentes de Trabajo a los empleados administrativos de ayuntamientos, diputaciones, cabildos y del Estado que en sus reglamentos respectivos tuvieran cubiertos los riesgos de incapacidad y muerte, no exigiéndose, por tanto, igual circunstancia respecto de la asistencia médica y farmacéutica, tan interesante en esta clase de siniestros.

En el régimen de subsidios familiares establecido en 1938, el artículo 4 de su Reglamento, de 20 de octubre, autorizó al Estado, diputaciones provinciales y ayuntamientos más importantes a optar entre el régimen general establecido o el abono directo a sus empleados y demás trabajadores que tuvieran a su servicio de los subsidios mínimos determinados en el mismo. La opción se efectuó en el sentido de la exclusión, determinando la Orden de 3 de marzo de 1939 que todas las Administraciones Públicas abonarían a sus funcionarios, empleados y obreros el subsidio familiar establecido, previo el descuento del uno por ciento del importe nominal de sus devengos. Como consecuencia de esta exclusión, los funcionarios públicos dejaron de percibir las ventajas complementarias establecidas posteriormente en el régimen de subsidios familiares.

Lo mismo que en orden al Seguro de Enfermedad, debe mencionarse el caso del personal militar y del que, sin este carácter, dependía de los departamentos del ejército, marina y aire. Primeramente se aplicaron en el ejército y en el personal civil dependiente de dichos ministerios las disposiciones comunes sobre subsidio familiar, pero a partir de 1943 se estableció un régimen de subsidios familiares especial y más generoso para el ejército, quedando aquél solamente como supletorio.

En virtud de estas disposiciones y de otras más importantes aunque las completaron, como la Ley de 18 de diciembre de 1950, las fuerzas armadas, incluida la Guardia Civil y la Policía Armada y de Tráfico, disfrutaron las indemnizaciones por familia o incrementos del sueldo por la misma consideración que significaron una protección importante contra el aumento de gastos debidos a esta causa.

Los préstamos de nupcialidad no se aplicaron a los funcionarios públicos sino cuando existían disposiciones especiales que faltaban en muchos departamentos.

Por lo que a la vejez e invalidez hace, la Orden de 2 de febrero de 1940 declaró que no era aplicable el régimen de subsidio de vejez a los funcionarios y obreros del Estado, provincia y municipio que tuvieran derecho a jubilación. Ello determinó la exclusión total de este seguro, disponiéndose tan sólo respecto de los jubilados de la Guardia Civil que cuando su pensión fuese inferior a la establecida en el seguro de vejez se incrementaría automáticamente hasta igualar a ésta.

La Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad, de 14 de diciembre de 1942, sentó en su artículo 9 el principio de exceptuar de dicho seguro a los funcionarios públicos o de corporaciones cuando en virtud de otras disposiciones legales debían obtener beneficios iguales o superiores a los que concede esta ley, tanto en prestaciones sanitarias como económicas. Al igual que sucede con el subsidio de vejez pero con mucha mayor trascendencia, este precepto fue interpretado como una excepción total de los funcionarios públicos, sin llevar a cabo una comparación de los beneficios del seguro y los de la legislación general de funcionarios para saber si se daba el supuesto en que la excepción se fundaba. Sin embargo, en las prestaciones económicas, la legislación general de funcionarios nada preveía pasados los seis meses de enfermedad, y en cuanto a los beneficios sanitarios ninguno de los que otorgó la legislación del Seguro de Enfermedad a sus beneficiarios fueron percibidos por los funcionarios y sus familias.

También aquí los ministerios militares mostraron una eficaz preocupación por las necesidades sociales de sus servidores y así la Orden de la Presidencia de 29 de abril de 1946 comenzó por imponer a los departamentos ministeriales respectivos el deber de dictar las disposiciones indispensables para completar los beneficios ya disfrutados por los oficiales, suboficiales y clases de las armas, cuerpos y servicios, hasta hacerlos iguales o superiores a los otorgados por la Ley del Seguro, disponiéndose entonces que el personal civil dependiente de los mismos se atuviera al régimen general, no tardándose en crear las instituciones y órganos adecuados para dotarlos de unas prestaciones completas y eficaces.

tegido contra los riesgos o peligros de inseguridad, y el funcionario el que se encuentra desamparado o insuficientemente cubierto» (21).

- 2.^a El colectivo objeto de este estudio quedó plenamente incluido en el sistema de seguro público cuando la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, estableció de modo expreso que «los funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación» quedarían comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social (Base 2.^a), si bien encuadrados en regímenes especiales (Base 3.^a), conforme ya había anunciado la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado, de 20 de julio de 1963 (en cuya Base 10, apartado 7.^o, aparecía la promesa de establecer un régimen especial de la Seguridad Social para los funcionarios) (22). Cabe apreciar así cómo su inclusión legal en el sistema de Seguridad Social no es sino mera apariencia, «una simulación que, sin embargo, permite su real y absoluta excepcionalidad -la emancipación de sus principios y reglas de concurrencia y aplicativas- con respecto a los demás regímenes» (23).

Parece claro, en consecuencia, que el legislador era consciente de dicha contradicción, pues otorgaba a la misma una vigencia sólo circunstancial: la propia de la primera fase de un proceso evolutivo cuya culminación debería tener lugar -según dispone la propia Ley de Bases de la Seguridad Social- «... cuando las circunstancias lo toleren y la experiencia... lo aconseje». En aquel contexto, la decisión excepcional de adoptar la forma de ley para regular los derechos pasivos de los funcionarios equivalía a eludir temporalmente su sujeción a los principios y reglas comunes del sistema y, más aún, a conservar sin alteraciones inmediatas la legislación histórica -la precedente a la constitución del nuevo sistema integrado- referida a tales derechos de funcionarios (24).

Así pues, la auténtica contradicción -la verdaderamente grave- ha consistido en eternizar esa primera fase evolutiva, manteniendo sin apenas alteraciones sus peculiaridades, inercias, desigualdades y contradicciones a través de las distintas reformas legislativas habidas tras la referida Ley de Bases. Además, esta tendencia parece más que agravada -tanto en sus aspectos sustantivos como de coordinación con otros regímenes- con sólo ponderar la transformación operada en el marco del empleo público, caracterizada en sus líneas fundamentales por cambios tan notables como la progresiva laboralización de algunos sectores (25), la movilidad de los funcionarios pertenecientes a distintas Administraciones Públicas con regí-

Por todo ello no es de extrañar que «nuestros administrativistas, laboristas y sociólogos opinen, con rara unanimidad, que el funcionario público se encuentra en una situación de precariedad, mengua y desamparo si se le compara con el trabajador privado». JUNQUERA GONZÁLEZ, J.: «Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado», *DA*, núm. 164, 1975, pág. 133. En el mismo sentido, ORAD TECLES, A.: «Supervivencia contra Ley de un trato perjudicial a los derechos pasivos de la mujer funcionario», *DA*, núm. 107, 1966, págs. 33-45 o DE FRUTOS ISABEL, J.A.: «Una laguna en el régimen jurídico de los funcionarios públicos: el supuesto de accidente», *DA*, núm. 126, 1968, págs. 31-47.

- (21) JORDANA DE POZAS, L.: «La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España», *cit.*, pág. 20.
- (22) GARCÍA NINET, J.I. y DOLZ LAGO, M.J.: «Regímenes especiales de funcionarios», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 1997, pág. 709.
- (23) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, *cit.*, pág. 29.
- (24) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L., *ult. loc. cit.*, pág. 29.
- (25) Por todos, IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996.

menes de protección social diferenciados (26) y el desarrollo de los movimientos transfronterizos de empleados públicos con trascendentes resultados a corto plazo, principalmente por la apertura del servicio público a los nacionales de los otros países en el interior de la Unión Europea (27).

- 3.^a Sabido es que la protección social de los funcionarios públicos se ha constituido históricamente no sólo a partir de un «régimen» único (28), sino por un «complicado abigarramiento de regímenes pensionísticos» (29), desglosados en respuesta a criterios de organización diversos y nada homogéneos (30): naturaleza de las prestaciones (básicas o complementarias) y, al propio tiempo, diversidad de Administraciones Públicas de adscripción de los respectivos cuerpos o escalas a los que pueden pertenecer los funcionarios.

En efecto, los grupos de personas a quienes afecta la Ley de Clases Pasivas del Estado (en adelante LCPE, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) aparecen diferenciados entre sí porque algunos disfrutaban simultáneamente de un régimen mutualista (31) y otros no (32); dentro de los primeros destacan los perte-

-
- (26) LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social*, núm. 7, 1996, págs. 66-67.
- (27) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., págs. 15-16.
- (28) GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La estructura actual en la Seguridad Social española y su reforma*, Madrid, 1981, págs. 10 y ss. De ahí que incluso se aluda al «mal llamado régimen especial de la Seguridad Social de funcionarios». TORTUERO PLAZA, J.L.: «Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcional integrado en los Fondos especiales», *REDT*, núm. 49, 1991, pág. 837.
- (29) GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, cit., pág. 78, nota 119.
- (30) «Esta complejidad es también resultado de la consagración de un principio que opera en el seno de la Administración Pública, llamado... el principio de "trato desigual"», el cual provoca que los regímenes jurídicos que regulan desigualmente esta fragmentada realidad no ofrezcan una imagen homogeneizadora y sí, por el contrario, manifiesten una visión cuasi caótica que lleva al intérprete a perderse materialmente entre los textos positivos. DOLZ LAGO, M.J.: «La jubilación de los funcionarios públicos en España», *RTSS*, núm. 32, 1982, pág. 259.
- (31) Hasta fecha relativamente reciente era frecuente la existencia de múltiples Mutualidades de funcionarios públicos creadas al amparo de la Ley de Mutualidades, de 6 de diciembre de 1941, y de su Reglamento, aprobado por Decreto de 26 de mayo de 1943, ambos derogados por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado y ésta, a su vez, por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que dedica sus artículos 64 a 68 a la regulación de este tema. No obstante, estas Mutualidades han ido desapareciendo conforme a diversos procesos:
1. La obligación de separación interna e independencia de la parte sustitutoria de la protección dispensada por la Seguridad Social de la parte complementaria, y la integración de la primera en el ámbito del régimen general de la Seguridad Social.
 2. La prohibición de financiar con cargo a fondos públicos todo tipo de prestaciones complementarias.
 3. Respecto de la parte complementaria, se plantearon, en fin, varias opciones:
 - a) Mera desaparición si tras la integración en el régimen general de la parte sustitutoria y la consiguiente financiación de la misma no existían fondos suficientes para financiar esta parte complementaria.
 - b) Mantenimiento de dicha protección complementaria sometida a las exigencias de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
 - c) Integración en un fondo especial de la Seguridad Social, normalmente con prestaciones de cuantía congelada y referida la protección sólo a determinados funcionarios asociados a la anterior Mutualidad.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social. Responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social. Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines de Seguridad Social», en VV.AA.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid, 1993, págs. 288-289.
- (32) Un estudio exhaustivo sobre la previsión social mutualista puede verse en MEILAN GIL, J.L.: «La vitalidad de la fórmula de aseguramiento», *DA*, núm. 85, 1965, págs. 36-45. Por lo que hace en concreto a las Mutualidades de funcionarios, BALDASANO DE PADURA, M.: «El problema de la Seguridad Social de los funcionarios públicos», *DA*,

necientes a tres grandes Mutualidades que, sin embargo, mantienen su independencia: la general de funcionarios civiles del Estado (MUFACE) (33), la de los militares (ISFAS) (34) y la de la Administración de Justicia (Mutualidad General Judicial o MGJ) (35). Claro resulta, al respecto, que el peso de las clases pasivas del Estado ha condicionado las líneas básicas del mutualismo administrativo, militar y judicial hasta el extremo de que, al promulgarse su anunciada regulación, los servicios de las respectivas entidades gestoras quedaron en buena medida reducidos a un papel complementario del régimen administrativo de clases pasivas (36) -a no ser en el capítulo de la asistencia sanitaria o de la prestación económica por incapacidad temporal-, de forma tal que sólo de modo residual las Mutualidades otorgan pensiones, y, por cierto, y en cualquier caso, éstas sólo encuentran su más correcta expresión jurídica como un complemento de las pensiones de derechos pasivos (37), tanto más necesario y justificado cuanto las primeras sean (como lo han venido siendo tradicionalmente) de escasa cuantía e incapaces de satisfacer de modo suficiente su papel de rentas de sustitución de los ingresos en activo del funcionario público a que están llamadas (38).

No puede extrañar, por ende, que la diversidad reseñada desequilibre la composición interna del régimen, dificulte la intercomunicación de sus diversos elementos e impida su eficaz conexión con los regímenes externos. De hecho, las normas de coordinación existen-

-
- núm. 49, 1962, especialmente págs. 14-16; DE LA VILLA GIL, L.E.: «La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *RAP*, núm. 40, 1963, págs. 121-175; CARRASCO BELINCHÓN, J.: «Mutualidades de funcionarios públicos: necesidad de una normativa general», *DA*, núm. 86, 1965, págs. 67-70.
- (33) Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado y su Reglamento General aprobado por Decreto 843/1976, de 18 de marzo.
- (34) Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, cuyo Reglamento General fue aprobado por Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre. Sobre el sistema de protección social de las Fuerzas Armadas, por todos, DOLZ LAGO, M.J.: «El régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas», *RSS*, núm. 10, 1981, págs. 31-132.
- (35) Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se regula la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, cuyo Reglamento General fue aprobado por Real Decreto 3282/1978, de 3 de noviembre.
- (36) Se ha afirmado que las pensiones del mutualismo administrativo son secundarias en el esquema global de protección de los funcionarios públicos frente a esas mismas contingencias, cuyo protagonismo está atribuido a las pensiones del sistema de derechos pasivos a las cuales vienen a complementar. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España, cit.*, pág. 176.
- (37) Como prestaciones «singulares» otorgadas por cada entidad de carácter mutualista, cabe citar en MUFACE : ayudas, de cuantía fija, para prótesis dentales, oculares y otras (audífonos, calzado corrector, plantillas ortopédicas y vehículos de inválido); subsidio por jubilación; subsidio o auxilio por defunción del funcionario o sus familiares, ayuda económica para la adquisición de vivienda y becas para mutualistas e hijos y huérfanos de mutualistas. En ISFAS: ayudas económicas para determinados tratamientos especiales, para internamiento en residencias asistidas y para asistencia psiquiátrica de internamiento; prestación económica por extrema ancianidad, y ayuda económica para la adquisición de vivienda. En fin, en MGJ: ayuda para gastos de sepelio; ayudas a jubilados forzosos; ayudas económicas para adquisición de vivienda financiada mediante préstamo hipotecario y por obtención de préstamo personal bancario. GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España, cit.*, págs. 46-47.
- (38) «El anacronismo e insuficiencia del régimen de clases pasivas y la correlativa presentación de estados de necesidad no cubiertos para los funcionarios públicos dieron paso al nacimiento de las llamadas Mutualidades complementarias y de otras entidades (Patronatos de viviendas, Instituciones de Huérfanos, etc.), cuya razón fundamental fue el deseo de ponerse a la altura de la legislación de Seguridad Social que el propio Estado propugnaba y practicaba en todo el país excepto para sus servidores». BALDASANO DE PADURA, M.: «Ordenación económica, financiera y actuarial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado», *DA*, núm. 81, 1964, pág. 21.

tes en la actualidad son, o bien de carácter simplemente restrictivo (normas «anticúmulo de prestaciones» o de exclusión de doble protección, sin perjuicio de mantener el doble aseguramiento), o de determinación de legislaciones de aplicación alternativa (en concreto, y a modo de mero ejemplo, el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, renuncia a las completas técnicas de aplicación concurrente de legislaciones y se limita a imponer la «totalización de períodos de seguro» como paso previo a aplicar un solo régimen, generalmente el de último encuadramiento).

- 4.^a Se trata de un régimen o subsistema de regímenes que alcanza a poco más de la mitad de funcionarios públicos, por cuanto el resto queda incorporado, sin más, al régimen general de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena dependientes del sector privado de la industria o los servicios. El régimen general ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, a saber (39): funcionarios interinos y de empleo al servicio de la Administración civil del Estado (40) y personal contratado temporalmente (41), personal interino de la Administración de Justicia (42), trabajadores al servicio de la Administración Local y funcionarios de entidades estatales autónomas (43). A tal dato procede unir la marcada tendencia expansiva inaugurada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en virtud de la cual los funcionarios en prácticas y de nuevo ingreso en las Comunidades Autónomas quedan encuadrados en el ámbito subjetivo del

(39) Siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1997, págs. 436-438.

Sin desconocer, además, que no es necesario manejar estadísticas para saber que el número de quienes han ingresado (bajo cualquier categoría) en la Administración del Estado en los últimos años es más que elevado, extremadamente alto, en contradicción con lo que debería haber sido un proceso de aminoración estructural de esa Administración a la vista de las exigencias más que previsibles de las Comunidades Autónomas. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Estado de Bienestar, Administración y función pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 3, 1993, pág. 30. En todo caso -y quizá por lo que políticamente ha interesado-, nadie duda de que ha sido el aumento de los servidores de los poderes públicos, incorporados a través de las ofertas públicas de empleo o por el sistema de contratación, la fuente primera y primordial de generación de puestos de trabajo, además de las inversiones productivas directas. RIVERO LAMAS, J.: «Técnicas modernas de garantía del empleo», en VV.AA.: *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, pág. 130.

El fantasma de la crisis ha aparecido ante los ojos de los administradores públicos, quienes parecen haberse dado cuenta de lo insostenible de tal situación en la medida en que el presupuesto apenas si puede ya soportar el gasto y exige arbitrar medidas que permitan una cierta reducción en el mismo, por moderada que sea. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Madrid, 1995, págs. 14 y 15.

(40) Integrados en el régimen general por Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre.

(41) Encuadrados en el régimen general por Orden de 28 de mayo de 1957.

(42) Considerando como tales a tenor del artículo 1.2 del Real Decreto 960/1990, de 13 de julio, a jueces, fiscales y secretarios en régimen de provisión temporal, jueces y fiscales sustitutos que desempeñen ininterrumpidamente su función durante un mes y médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes interinos.

(43) Los funcionarios de los organismos autónomos y entidades estatales autónomas debieran haberse integrado en un régimen especial de la Seguridad Social previsto en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo); ahora bien, este régimen especial no llegó a desarrollarse y el personal de estos organismos se encuentra insertado en el régimen general por Resolución de 10 de mayo de 1967, de la Dirección General de Previsión Social. APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989, pág. 220.

régimen general (44), donde permanecen en la actualidad por mor del artículo 97.2 h) TRLGSS, al igual que los -numerosísimos- funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la Comunidad de destino [art. 97.2 i) TRLGSS], en desarrollo del diseñado proceso de Estado Autonómico al que parece orientado el Título VIII CE.

También están incluidos en el régimen general los funcionarios internacionales o empleados de la Administración Pública en el extranjero (45) o al servicio de organizaciones internacionales (46) y los de las Comunidades Europeas (47). Por lo demás y a la postre, esta tendencia a ampliar la integración de determinadas categorías de empleados públicos en el régimen general queda confirmada con la integración del personal activo y pasivo que en fecha 31 de marzo de 1993 estuviera incluido en el régimen especial de los funcionarios de la Administración Local al quedar suprimida la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, con efectos de 7 de abril (Real Decreto 480/1993, de 2 de abril) (48).

Un juicio más preciso exige añadir a lo anterior que no sólo el régimen de clases pasivas puede ser definido como el subsistema protector de algunos -no todos- funcionarios, sino que -paradójicamente- dentro de su ámbito de aplicación quedan incluidas determinadas personas que no son propiamente funcionarios sino personal asimilado (como, por ejemplo, sucede con pensiones en favor de ex-altos cargos o de quienes cumplen la prestación

(44) Lo cual no estuvo exento de críticas en aquel momento por parte de algún sector de la doctrina al no apreciar «obstáculo legal o técnico alguno que impidiese su adscripción a la MUFACE». SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: «Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE», *RPS*, núm. 144, 1984, pág. 77.

(45) Reales Decretos 2805/1979, de 7 de diciembre; 2234/1981, de 20 de agosto, y Orden de 27 de enero de 1982.

(46) Reales Decretos 1975/1982, de 24 de julio, y 317/1985, de 6 de febrero.

(47) A efectos de las disposiciones adicionales 6.ª y 15.ª de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre. Por Orden de 1 de junio de 1988 se prevé un procedimiento particular para incorporar a la Seguridad Social a los españoles que sean Diputados en el Parlamento Europeo, extendiéndose aquel beneficio a los asistentes de los Diputados (secretarios, documentalistas y encargados de investigaciones) por Decisión de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social, de 10 de diciembre de 1986. GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 1997, pág. 115.
En general, GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1995.

(48) La disposición transitoria 3.ª de la Ley 31/1991, de 30 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y la disposición transitoria 3.ª de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, autorizaron al Gobierno para que procediera a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del régimen especial de los funcionarios públicos de la Administración Local en el régimen general de la Seguridad Social «en las condiciones, términos y plazos que reglamentariamente se determinen». Dichos preceptos legales constituyen la normativa habilitante del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, el cual respeta los principios de «legalidad, jerarquía, irretroactividad y lo dispuesto en el artículo 33 CE». STS, Sala 3.ª, 27 febrero 1997 (Ar. 1528), reiterando la doctrina establecida en otras anteriores como, por ejemplo, en la STS, Sala 3.ª, 29 noviembre 1995 (Ar. 8278), comentada por GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: «Integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de funcionarios de la Administración local», *Semana Jurídica*, núm. 9, 1996, págs. 339 y ss.
No obstante, tras la integración les será aplicada la normativa del régimen general pero manteniendo ciertas peculiaridades. BLASCO LAHOZ, J.F.: «Hacia una generalización de la Seguridad Social: los regímenes especiales integrados», *TS*, núm. 42, 1994, págs. 25-28.

personal obligatoria del servicio militar en cualquiera de sus formas o la prestación social sustitutoria) (49), lo cual no hace sino agravar a todas luces la fragmentación ínsita al régimen de previsión estudiado.

Sentado lo anterior, es menester poner el énfasis necesario a la hora de criticar que ni siquiera sea posible hacer referencia a la existencia de un régimen especial que, aun cuando excluido de los principios informadores y tendentes a la homologación en el marco del sistema de la Seguridad Social, unifique la protección dispensada al conjunto de los funcionarios públicos; decisión esta de todo punto contradictoria con el presupuesto de partida: regular unitaria y coherentemente las especialidades de previsión de los funcionarios y armonizar esas especialidades en el marco homogéneo del completo sistema previsor (50).

En fin, habida cuenta la diversidad subjetiva crónica y elemento determinante en este subsistema normalmente debida a delimitaciones personales, por las diferencias de los colectivos que el legislador ha tomado como elemento de razonable diferenciación o simplemente por el hecho de provenir de «ancestrales privilegios o castas de tanta raigambre en el sector público» (51), no es de extrañar que en el régimen de clases pasivas sea posible observar efectos discriminatorios visibles y automáticos. Sucede, frecuentemente, que dos funcionarios ocupados en puestos de trabajo equivalentes, y destinados en la misma dependencia administrativa, «disponen de muy diferentes derechos pasivos y de distintos beneficios -en extensión e intensidad- en caso (por ejemplo) de incapacidad temporal» (52).

- 5.^a Con reflejar lo anterior una ruptura del carácter unitario del sistema de Seguridad Social, no son las únicas ni las principales críticas que pueden hacerse al modo en el cual aparece regulada la Seguridad Social de los funcionarios públicos; antes al contrario, lo más relevante y peculiar de su régimen jurídico radica en el hecho de aparecer estructurado de manera distinta, utilizar mecanismos de protección propios, apoyarse en principios parcialmente diferentes y utilizar reglas que afectan a la gestión, financiación y acción protectora también particulares (53). Tanto es así que algún sector doctrinal ha llegado a considerar a tales regímenes especiales de protección de los funcionarios públicos como «fronterizos», casi extremos al sistema de Seguridad Social (54), pues sólo son congruentes con este sistema por su naturaleza contributiva y su marcado carácter profesional (55).

(49) CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas*, cit., págs. 229-233.

(50) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30.

(51) GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, cit., pág. 272.

(52) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 29.

(53) JUAZOS VALLES, F. y CERVERA I FORNAS, V.: «Diferentes regímenes de previsión social y problemática derivada de su inclusión en la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 107, 1992, págs. 90 y ss.

(54) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 356.

(55) «Por lo demás, los órganos de gestión son diferentes, las prestaciones distintas y discontinuas y la financiación fraccionada y diversa». GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 10.

Manifestaciones claras a este respecto -en necesaria síntesis, pues un estudio detallado de las mismas excedería las pretensiones de este trabajo- son, entre otras, las siguientes:

1. La Administración del Estado gestiona el régimen de clases pasivas como una más de sus actividades, sin efectuar separación económica (autoaseguramiento) ni administrativa (gestión indiferenciada alguna), lo cual implica que, de modo distinto a otros regímenes de protección social con entidad gestora interpuesta, las relaciones jurídicas (entre empleado, empresario y asegurador) quedan simplificadas por la unidad de dos de las partes e identificadas, por tanto, la relación de cotización o servicios cotizados y la relación de servicios funcionariales o servicios prestados al Estado. De ello resulta, por un lado, una clara reducción de la actividad administrativa (afiliación, altas y bajas, cotización y recaudación) y, por otro, una alteración de los mecanismos de responsabilidad por pago incorrecto de cotizaciones o ausencia de las mismas, con su correspondiente incidencia en el derecho a las prestaciones. En términos generales, la prestación de servicios al Estado obliga a éste a realizar los descuentos en las nóminas de sus funcionarios para que aporten su cotización; de este modo, prestación de servicios y servicios cotizados vienen a ser lo mismo, dado que la propia Administración es la obligada, pues al faltar las cotizaciones compensaría sus culpas mediante el pago de las prestaciones (56).

De lo anterior cabe colegir, además, que el principio constitucional de libertad para la creación de fórmulas de Seguridad Social complementaria (art. 41 CE) no es de aplicación a los funcionarios (57), quienes no pueden disponer de ayudas empresariales (cuotas de su Estado-patrono) para financiar regímenes tendentes a la expresada finalidad con una sola excepción, que constituye en sí misma un segundo motivo discriminatorio, cual es la de que tales regímenes complementarios se canalicen precisamente conforme a la figura de Planes y Fondos de Pensiones, tal y como cabe deducir del artículo 63 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales para 1988, y de la disposición final 2.^a de la Ley 8/1987, de 8 de junio, sobre Planes y Fondos de Pensiones -en su nueva redacción dada por la disposición adicional 11.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados- (58).

Cuestión distinta es la inclusión como materia negociable de «la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten de algún modo a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados» [art. 32 k), Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas), la cual abre incluso a la negocia-

(56) CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *cit.*, pág. 131.

(57) Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional 48.^a de la Ley 46/1985, de Presupuestos para 1986, en cuyo tenor «las entidades o sistemas de previsión social distintos o complementarios de la Seguridad Social obligatoria, que constituyan o pudieran tener constituidos los organismos mencionados en el artículo 11.2 (léase Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Organismos autónomos de ellas dependientes, etc.)... sólo se podrán financiar con las aportaciones o cuotas de sus beneficiarios o con cualquier otro ingreso de derecho privado». ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996, pág. 309. Esta previsión «se entenderá (además) en vigor con carácter permanente». CASAS BAAMONDE, M.E.: «Leyes de Presupuestos y sistemas complementarios de Seguridad Social en empresas públicas financiadas con fondos públicos» (I y II), *AL.*, 1987, Tomo II, pág. 2.555.

(58) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, *cit.*, pág. 30.

ción colectiva de los funcionarios públicos un campo más amplio que el propio de la negociación colectiva entre los trabajadores y los empresarios, pues dicha materia se encuentra expresamente excluida de aquélla (59); por ello, y en principio, «extraña que dicho régimen de protección pública pueda ser negociado en el ámbito de la función pública, hasta el punto de precisar la clase de prestaciones y la cuantía de las mismas» (60). No cabe olvidar, sin embargo, que el ámbito de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas aparece precisamente ocupado en su mayor parte por la ley en igual -o incluso mayor medida- que las del régimen general de la Seguridad Social, lo cual reduce en la práctica el alcance de la posible negociación (61).

2. En cuanto a las fuentes de financiación hace, procede observar cómo la disposición final segunda de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, posibilita al Gobierno a adaptar el régimen financiero del mutualismo administrativo al innovado por la citada ley, el cual, en esencia, pretende adecuar las fuentes de financiación de las obligaciones de la Seguridad Social a su naturaleza, de forma tal que todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal (asistencia sanitaria y servicios sociales) pasan a ser financiadas a través de las aportaciones del Estado, en tanto las prestaciones netamente contributivas serán fraccionadas a través de cotizaciones de empresas y trabajadores. Ahora bien, parece evidente que si bien el régimen financiero del mutualismo administrativo está regulado en la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, ésta debería ser la directamente modificada por la disposición legal nueva, sin introducir cierta inseguridad jurídica [en tanto opera bajo una deslegalización parcial de la materia (62)], máxime cuando -a la par- incurre el legislador en la evidente contradicción (y discriminación -en cuanto trato privilegiado sin fundamento-) de desgajar del nuevo régimen que introduce sobre clarificación contable los gastos de la asistencia sanitaria de los funcionarios, por cierto de gestión ya «privatizada» (63). Tal excepción fue muy criticada en su tramitación parlamentaria, fundamentalmente por dos razones: de un lado, porque choca frontalmente con el espíritu de la Ley 24/1997, que -como es sabido- caracteriza a la asistencia sanitaria como no contributiva; de otro, porque obliga a los funcionarios a financiar doblemente la sanidad, a través de impuestos y de aportaciones a sus Mutualidades (64).

(59) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1996, pág. 170.

(60) PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 366-367.

(61) GARCÍA MURCIA, J.: «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 11, 1993, pág. 150. Es más, no puede perderse de vista que el ámbito de competencia sobre estas materias se atribuye en exclusiva al Estado en lo que hace a la legislación básica y régimen económico (sin perjuicio de la ejecución de los servicios por las Comunidades Autónomas -art. 149.1.17 CE-), por lo que habría de aplicarse la técnica de la negociación vinculada al proyecto de ley, siempre y cuando ésta sea precisa. KONINKX FRASQUET, A.: «Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/1990. Control judicial», *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8.146.

(62) Al autorizar al Gobierno para proceder a la armonización de la normativa especial del mutualismo administrativo, en lo referente a sus sistemas de recursos económicos, teniendo en cuenta la naturaleza contributiva de las prestaciones y sus distintas fuentes de financiación, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública. BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la Seguridad Social 1997*, 2.ª edición, Valencia, 1997, pág. 101.

(63) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito equivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pág. 426.

(64) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998», *RL*, núm. 6, 1998, pág. 35.

3. Innecesaria es en este régimen la constitución de una relación jurídica expresa a través de los denominados actos de encuadramiento, pues la inclusión del funcionario tiene lugar -al contrario que en la relación laboral- de forma automática, a partir del momento en el cual el sujeto entra en el ámbito personal de cobertura, pudiendo afirmar que la pertenencia al régimen de derechos pasivos forma parte del propio estatuto del funcionario (65). La relación jurídica de la Seguridad Social se constituye así automáticamente, por imperativo legal, con base en el presupuesto de hecho de la toma de posesión del funcionario, lo cual no es sino lógica consecuencia de ser el Estado el sujeto obligado de la relación de Seguridad Social y, a la vez, el sujeto a quien presta servicios el funcionario, asumiendo el papel propio del empresario en el régimen general de la Seguridad Social (66). Ello explica los términos utilizados por el régimen de clases pasivas, pues cuando alude a pensiones en favor del propio titular (a saber, jubilación e incapacidad) utiliza la expresión de «haberes reguladores» en lugar de «base reguladora», e incluso de «haberes pasivos» en lugar de «pensiones», si bien no es menos cierto que este último término se va imponiendo, en tanto la expresión «haberes pasivos» va cayendo en desuso (67).

Ahora bien, si esa automaticidad es clara en los mecanismos protectores de clases pasivas, requiere cierta matización en el mutualismo administrativo, en el cual aparece interpuesto el acto de la incorporación a la Mutualidad general. En efecto, tal incorporación requiere un acto administrativo secundario por el cual se adquiere la condición jurídica de mutualista, esto es, de sujeto protegido específicamente por la Mutualidad general. Su razón de ser estriba en que al ser la Mutualidad un ente instrumental con personalidad jurídica distinta a la del Estado y teniendo conferida la gestión de una función estatal, aquélla necesita conocer el colectivo de personas protegidas para programar con equilibrio sus costos y sus ingresos, función que en el régimen general cumple la afiliación; de ahí que la incorporación surta efectos de afiliación al sistema de Seguridad Social y su cumplimiento deba ser notificado a la entidad gestora encargada de la afiliación al sistema (68).

4. Entrando ya de lleno en el análisis de las pensiones, no cabe pasar por alto, en primer lugar, el acercamiento entre el régimen general y el de clases pasivas introducido por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, pues aunque aprobada con posterioridad a la Ley 50/1984, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 [que, por cierto, inicia la reforma del sistema de clases pasivas (69)] contiene una nueva filosofía en tanto el modo de calcular la base reguladora pasó

(65) ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1997, pág. 48.

(66) ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª edición, Madrid, 1991, pág. 636.

(67) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 146.

(68) ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 636.

(69) Como principios destacados de reforma de la Ley de Presupuestos para 1985 cabe hacer referencia a los siguientes:

1. La consecución de un reparto equitativo de los fondos públicos, para lo cual el reconocimiento de las pensiones en general va a buscar unas cuantías acordes con el tiempo de servicios efectivos al Estado y con la cualificación profesional alcanzada por el funcionario, lo cual se completa con una consideración conjunta de todas las pensiones de los diferentes sistemas públicos de previsión social, al objeto de limitar el incremento de las pensiones, y con el establecimiento de normas sobre incompatibilidades.
2. La consolidación de la solidez de los fundamentos técnicos y económicos que garanticen la supervivencia del sistema. En este sentido, se buscó el equilibrio técnico actuarial entre las cotizaciones reales de los funcionarios y las ficticias del Estado como empresario, de una parte, y el valor acumulado de las prestaciones a las que tiene derecho el funcionario y sus causahabientes, de otra.

de estar situada en los dos años de cotizaciones más ventajosas para el trabajador dentro de los siete inmediatamente anteriores al hecho causante a tomar los ocho últimos años anteriores a la jubilación, con el claro objetivo de potenciar la profesionalidad, contributividad y proporcionalidad de la pensión de vejez (prestación nuclear de cualquier sistema de Seguridad Social), a imagen y semejanza del nuevo modo de calcular las pensiones de jubilación o retiro en el sistema de clases pasivas, que no tratan sino de definir -como después se verá- la «historia administrativa integral del funcionario» (70).

En segundo término, no cabe olvidar tampoco la callada y pertinaz actuación reformadora operada a través de las leyes de presupuestos de los trece últimos años, las cuales han ido conformando un nuevo derecho de las pensiones, fruto directo de las preocupaciones económico-financieras de contención del déficit público y consecuencia de un diseño global del modelo constitucional de protección social requerido por las nuevas circunstancias sociales, nunca explicitado -ni explicado, por cierto- por los responsables públicos (71). En efecto, las sucesivas leyes de presupuestos consideran todas las pensiones como «pensiones públicas» y en cuanto tales aparecen dotadas de una regulación uniforme en aquellos aspectos más significativos del conjunto de la materia pensionable: topes, revalorizaciones, incompatibilidades y cuantías mínimas. Cabe citar al respecto, por ejemplo y en primer lugar, el Preámbulo de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, el cual afirma que en materia de protección social pública la aproximación se asienta en torno al cumplimiento del principio de garantía y adecuación consagrado en el artículo 50 CE, elevando a tal fin el período de carencia para causar derecho a pensiones ordinarias de jubilación o retiro por los funcionarios públicos de nueve a quince años de servicios efectivos y reduciendo en dos años la escala de porcentajes a aplicar sobre el haber regulador, con el objetivo último de asimilar las pensiones del sistema de clases pasivas a las del régimen general, consideradas a tales efectos como más beneficiosas (72). Tal equiparación culminará con la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, a partir de la cual y a los treinta y cinco años de servicios, los funcionarios alcanzaban el derecho al cien por cien del haber regulador (73); por no incidir también, como

3. El establecimiento de una simplicidad en la gestión basada en unos haberes ficticios, llamados reguladores, que sirven de base para el cálculo de las pensiones que así se desconectan de las retribuciones básicas del funcionario que se jubila o retira propias de la normativa anterior.

De este modo, al ser más cerrado el abanico de haberes reguladores, los principios de carácter redistributivo y asistencial se hacen más patentes, máxime cuando todo ello se combina con la fijación de un tope máximo de percepción de las pensiones públicas en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, a ello contribuye también tanto el establecer el eje de las pensiones sobre la jubilación forzosa por edad, como el haber invertido los términos en el sistema de cálculo que, desde ahora, se hará sobre haberes reguladores uniformes pero aplicando porcentajes variables en función del número de años de servicios efectivos al Estado. CANALES GIL, A.: *El sistema de clases pasivas del Estado*, cit., págs. 198-199.

- (70) SALGADO MÉNDEZ, E.: «Las pensiones de clases pasivas en el presupuesto para 1989», *Hacienda Pública Española*, núm. 112, 1988, pág. 234.
- (71) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, cit., págs. 414-415.
- (72) GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Aspectos jurídico laborales de la Ley de Presupuestos», *TL*, núm. 16, 1989, pág. 23.
- (73) Treinta y cinco años de servicios efectivos a la Administración equivalía al 100 por 100 del haber regulador del sistema de clases pasivas. De forma paralela, en el régimen general de la Seguridad Social diez años de cotización equivalían a un 50 por 100 de la base reguladora, aumentando un dos por 100 por cada año adicional, alcanzando con treinta y cinco años el 100 por 100. En la actualidad, en este último régimen (el general) y de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 24/1997, que da nueva redacción al artículo 163 TRLGSS, hay que partir del cincuenta por 100 de

otro de los logros de esta ley, en la afortunada equiparación en las cuantías mínimas de renta entre las pensiones de los sistemas de clases pasivas a otorgar a partir del 1 de enero de 1985 y las del régimen general de la Seguridad Social de cara a tener derecho al reconocimiento de complementos para pensiones inferiores a la mínima (74).

Con gran acierto, también en aras a la unificación pretendida, cabe mencionar cómo recientemente la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 61), modifica la LCPE en lo relativo a la revalorización de las pensiones a efectos de establecer para las clases pasivas del Estado una regulación idéntica en esta materia a la establecida para el sistema de Seguridad Social por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que garantiza el poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas en función de la evolución del Índice de Precios al Consumo (regulación materializada en el Real Decreto 38/1998, de 16 de enero). La explicación a tal equiparación puede encontrarse en la trascendencia político-económica que la revalorización de las pensiones públicas ha alcanzado dentro del debate sobre las posibles reformas de la Seguridad Social al punto de convertirse en uno de los focos fundamentales de las diversas propuestas de modificación, dada su enorme incidencia en el gasto público (representando un 37,28% frente a un 53,25% que importa la cuantía inicial de las pensiones) (75).

Ahora bien, en el régimen de clases pasivas aparece clara la desconexión entre las retribuciones de activo y los haberes reguladores de las cotizaciones y de las prestaciones, en la medida que las retribuciones básicas del funcionario (sueldo, pagas extraordinarias y antigüedad) dejan de ser la base sobre la cual calcular primero la cotización y después las pensiones (iniciales y revaloraciones) y se crean al efecto unas bases de cotización tarifadas, genéricas y no individuales (suprimidas, por contra del sistema de la Seguridad Social, por la Ley 24/1972, de 25 de junio, sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social) (76), a las cuales habrá de ser aplicado el porcentaje pertinente en función de los años de servicios prestados. Además, la consideración de una pensión como extraordinaria (aquella cuyo hecho causante -incapacidad o muerte- ha tenido lugar como acto de servicio o consecuencia del mismo), previa incoación de un expediente denominado «de averiguación de causas», comporta que para el cálculo de su cuantía el haber regulador haya sido tomado al 200 por 100 de su importe -lo cual no deja de ser singular-, sin que, por lo demás y como es lógico, para su otorgamiento sea requerido el cumplimiento de un período mínimo de servicios por el causante.

la base reguladora a los quince años de cotización, aumentando un tres por 100 por cada año adicional de cotización hasta los veinticinco años, en que se conseguiría el 80 por 100, y desde el veintiséis se aumenta un dos por 100 anual, por lo que se alcanza el 100 por 100 de la base reguladora a los treinta y cinco años de cotización, sin que pueda superarse dicho 100 por 100. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998», *RL*, núm. 6, 1998, pág. 22.

(74) El Preámbulo del Real Decreto de 25 de octubre de 1990, sobre revalorización de pensiones y complementos económicos de las del Estado para 1990, señala que los objetivos a conseguir serían el mantenimiento del poder adquisitivo y la mejora de aquellos colectivos con pensiones de menor cuantía, si bien las diferencias de fondo existentes entre el sistema de clases pasivas y el régimen general de la Seguridad Social hacen necesario que su aplicación a ambos se haga de modo distinto, teniendo en cuenta factores básicos tales como el importe medio de las pensiones, su carácter contributivo o no, su evolución histórica, la cobertura de necesidades que amparan las pensiones o su ajuste comparativo con otros colectivos de carácter similar. CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, cit., pág. 336.

(75) GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, cit., págs. 591 y ss.

(76) CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», cit., págs. 127-128.

5. Bajo una única denominación «jubilación o retiro» quedan escondidas en el régimen de clases pasivas dos tipos de pensiones bien diferentes: por un lado, la jubilación tanto forzosa como voluntaria que tiene como causa la llegada de una cierta edad (77); por otro, la llamada jubilación «por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad», que obviamente puede suceder a cualquier edad siempre y cuando el funcionario quede afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico, estabilizado e 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 carrera (art. 28.2 LCPE) (78). «La nota común a las tres clases de jubilación no radica (por tanto) ni en sus causas ni en la naturaleza de las mismas, sino (únicamente) en constituir todas ellas contingencias de las cuales, en principio, sea posible derivar una serie de prestaciones económicas» (79).

Lo realmente característico del régimen de clases pasivas es que no sólo la jubilación y la incapacidad quedan integradas bajo la común denominación de la primera, sino que -y esto es lo importante- reciben una regulación unitaria desde el punto de vista del cálculo de la pensión que en uno y otro caso quepa obtener (80). Es más, cabe afirmar sin ambages que la pensión de jubilación forzosa por edad aparece tras la reforma de 1985 como eje del sistema de prestaciones con el fin último de otorgar a todas las situaciones protegidas un sustento teórico común capaz de reconducir a la unidad las diversas prestaciones. De este modo, las pensiones directas serán calculadas en función de la jubilación forzosa -o «como si» se hubiera producido la jubilación forzosa- y las pensiones indirectas (viudedad, orfandad y en favor de padres) tomarán en cuenta la pensión que hubiera correspondido «realmente» o «idealmente» (*fictio iuris*) al jubilado (81).

(77) Por todos, ROCA ROCA, E.: «El funcionario público y la tercera edad», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 192, 1976, págs. 753-788.

(78) Con arreglo a la definición legal, son dos factores los que deben concurrir en la fijación del proceso patológico determinante de la incapacidad para el servicio como causa de jubilación:

1. La intensidad o gravedad de la lesión o proceso sufridos por el sujeto paciente, hasta el punto que «le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera».
2. La permanencia en el tiempo, de modo que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico «esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad».

Es claro, además, que el concepto de totalidad, utilizado como requisito valorativo para la apreciación del impedimento, no tiene que entenderse, necesariamente, en su estricto sentido literal de una afectación íntegra de facultades en sentido espacio-temporal, lo cual conduciría ocasionalmente a conclusiones rayanas al absurdo. Puede ser suficiente aquel impedimento cuyo grado de incidencia en la continuidad temporal de la prestación y en su nivel de funcionalidad posible están afectando de modo sustancial a la posibilidad de desempeño de las tareas asignadas al funcionario, cumplido siempre el requisito de la irreversibilidad o de la remota o incierta curación. Es asimismo evidente que la incapacidad no tiene que valorarse en abstracto y con referencia exclusiva a la patología de la enfermedad, sino que ésta ha de ser puesta en relación con las circunstancias del sujeto paciente y la repercusión en su capacidad para el desempeño de las funciones propias del cuerpo, escala, plaza o carrera de su integración o adscripción, tal y como ya la jurisprudencia del orden social, en su ámbito propio de aplicación, ha venido a resumir su doctrina (SSTS, Sala 4.ª, 19, 24 y 30 enero 1989 -Ar. 272, 287 y 326-). STS, Sala 3.ª, 8 abril 1994 (Ar. 2759).

Parece, por tanto, que ha de tratarse de lo que en el régimen general de la Seguridad Social se conceptúa como incapacidad total para la profesión habitual -sin contemplar ningún otro grado de invalidez- con la pretensión última de abrir la puerta a una posible «recolocación» del funcionario que, incapacitado para la concreta tarea que venía ejecutando, pueda, sin embargo, realizar otra dentro de su grupo de clasificación. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 129.

(79) LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: «La jubilación por incapacidad de los funcionarios de los organismos autónomos», *DA*, núm. 203, 1985, pág. 162.

(80) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., págs. 109-110.

(81) En concreto y por lo que hace a las pensiones directas, cabe destacar que en la jubilación por incapacidad se extiende la vida activa del funcionario hasta la edad de jubilación forzosa y sólo si se trata de jubilación voluntaria o forzosa de funcionario no activo, se atiende al tiempo realmente servido y no a la carrera funcional «ideal». En cuanto a

6. La existencia misma de la jubilación forzosa (como consecuencia del cumplimiento de la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro) es una característica tradicional de la condición de funcionario público que le diferencia claramente de los trabajadores por cuenta ajena -incluso al servicio de las Administraciones Públicas-, respecto de los cuales rige el principio general de jubilación voluntaria (82). El adelantamiento de la edad de jubilación forzosa de los setenta años a los sesenta y cinco efectuado por el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (con una entrada en vigor escalonada en virtud de la disposición transitoria novena de la citada ley pero ya de plena aplicación a partir de octubre de 1987), no dejó de suscitar reticencias y, más que ello, recursos ante el Tribunal Constitucional, el cual emitió un parecer favorable a la constitucionalidad de la medida y, por ende, del propio carácter forzoso de la jubilación (83), sin dejar de reconocer, no obstante, cómo el mencionado anticipo podría frustrar algunas expectativas existentes y ocasionar determinados perjuicios económicos que deberían ser objeto de cierta compensación (84). Con tal pronunciamiento el propio Tribunal Constitucional parece que quiere dejar

las pensiones indirectas, procede aclarar también que si el funcionario estaba ya jubilado su pensión es la base para los cálculos de la pensión que correspondería a sus familiares; en cambio, si no estaba jubilado y se encontraba en activo se calcula primero su pensión como si hubiera sido inválido y si no estaba jubilado pero tampoco en activo se calcula en primer lugar su pensión como jubilado voluntario y posteriormente, sobre esa pensión hipotética, se establece la de sus familiares. CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *cit.*, pág. 145.

En resumen, se computarán como servicios efectivos prestados aquellos que faltaran al interesado para alcanzar la edad de retiro o jubilación a excepción de aquellos supuestos en los cuales el personal estuviese en situación de «excedencia voluntaria o suspensión firme». STS, Sala 3.ª, 15 noviembre 1993 (Ar. 8365).

- (82) No cabe, por tanto, un despido por edad, debiendo interpretarse en tal sentido la «jubilación del trabajador» que el artículo 49.7 ET establece como causa extintiva del contrato de trabajo, ya que la STCo 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional la disposición adicional 5.ª ET 1980, en cuanto «de forma directa e incondicionada (establecía) la extinción (por jubilación forzosa) de la relación laboral» a los sesenta y nueve años u otra edad inferior que el Gobierno pudiera dictar. Tal interpretación es la extraída igualmente por la jurisprudencia. Entre otras, SSTs 10 y 22 febrero y 20 junio 1983 (Ar. 578, 1102 y 3023), 16 mayo 1984 (Ar. 3034) y 30 octubre 1985 (Ar. 5249), incluidas las (hasta 30) citadas en esta última.

La voluntariedad cesa, no obstante, con la imposición de jubilaciones forzosas a través de convenios colectivos -en cuyo caso sí es causa extintiva del contrato de trabajo-, práctica de frecuencia reciente, que también la disposición adicional 10.ª ET prevé y que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 58/1985, de 30 de abril (a la que siguieron la 95/1985, de 29 de julio, y las 111 a 136/1986, todas ellas de 11 de octubre) declara no inconstitucional, siempre que, habría que añadir, se den las exigencias que impuso la STCo 22/1981, de 2 de julio, a saber: «la no amortización del puesto de trabajo» y que «el trabajador acredite las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión». ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 15.ª edición, Madrid, 1997, pág. 308.

Sobre el alcance y significado de las exigencias del Tribunal Constitucional, entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *REDT*, núm. 19, 1984, pág. 442; TORTUERO PLAZA, J.L.: «La jubilación forzosa del trabajador», en VV.AA.: *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, Madrid, 1983, pág. 392; ALBIOL MONTESINOS, I.: «La jubilación en la negociación colectiva de 1981-1982 (líneas de tendencia)», *RSS*, núm. 16, 1982, pág. 363; SAEZ LARA, C.: «La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria», *REDT*, núm. 25, 1986, págs. 124 y ss.; SASTRE IBARRECHE, R.: «La jubilación forzosa por edad», *REDT*, núm. 43, 1990, págs. 459-504.

- (83) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, *cit.*, pág. 113.
- (84) El Tribunal Constitucional considera que sólo existe una expectativa -y no un derecho subjetivo- del funcionario frente al legislador de que la edad de jubilación permanezca tal y como la encontró al tiempo de su acceso a la función pública; no hay, por ende, alteración de derechos sino alteración de un régimen jurídico definido legal y reglamentariamente, al que se adhiere el funcionario, y que legal o reglamentariamente puede variarse, lo cual no impide añadir que tal modificación legal origina una modificación de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación, tal y como afirma la STCo 99/1987, de 11 de junio. En el mismo sentido, SSTCo 108/1986, de 29 de junio, y 129/1987, de 16 de julio. Sobre ellas, ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IV, Madrid, 1986, págs. 239 y ss. Aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional cabe destacar, por su interés, la STS 7 de junio 1988 (Ar. 5242), que entiende válida la jubilación forzosa establecida en el Estatuto del personal no sanitario al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

abierta la vía de un posible resarcimiento por una hipotética responsabilidad del Estado por actos legislativos, pero, en realidad, ello no supone el derecho a ser indemnizado por dicho motivo y más parece en el ámbito de la jurisprudencia constitucional una reflexión encaminada a que el legislador materialice dicho criterio compensatorio, siendo de tener en cuenta que ya las Leyes de Presupuestos para los años 1985 a 1989 establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente (85). Téngase por hecha la salvedad, además, de que si el funcionario alcanzada la edad de jubilación o retiro forzoso, no contara con el período de carencia establecido para causar la pensión de jubilación podrá solicitar prórroga en el servicio activo exclusivamente por el tiempo que le falte para completar dicho período de servicios al Estado, la cual será concedida siempre y cuando el interesado pueda ser considerado apto para el servicio (art. 28.2 *in fine* LCPE) (86).

7. Partiendo del hecho de que el Real Decreto 397/1996, de 1 de marzo, sobre el registro de las prestaciones sociales públicas, atribuye en su disposición adicional segunda a los equipos de valoración de incapacidades del INSS la facultad de emitir los dictámenes médicos preceptivos para la determinación de la existencia de incapacidad permanente a efectos de reconocer el derecho a prestaciones también dentro del régimen de clases pasivas, es menester considerar, al tiempo, cómo de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 66/1997 el alta médica por incapacidad temporal de un funcio-

(85) SSTs, Sala 3.ª, 30 noviembre y 2 diciembre 1992 -dos- (Ar. 9769, 10284 y 10285); 15 -dos-, 22 y 29 enero y 11 febrero 1993 (Ar. 81, 82, 329, 411, 919); 18 y 20 enero y 1 y 2 marzo 1994 (Ar. 48, 52, 1858 y 1661); 12 y 16 enero 1995 (Ar. 40 y 43); y 13 y 15 de enero y 25 noviembre 1996 (Ar. 133, 134 y 8075). Al respecto, entre muchos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisdiccionales», *RAP*, núm. 67, 1972, págs. 57 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, J.R.: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas», *RAP*, núm. 100, 1983, págs. 1.139 y ss.; GARCÍA-ALOS, L.V.: «La responsabilidad del Estado legislador y la compensación por jubilación anticipada en las jurisprudencias constitucional y contencioso-administrativa», *AA*, núm. 43, 1988, págs. 2.521-2.534; QUINTANA LÓPEZ, T.: «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 35, 1994, págs. 103 y ss.; GALLARDO CASTILLO, M.J.: «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992)», *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 343-371; GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: «Responsabilidad del Estado legislador: indemnización por anticipación de la edad de jubilación (STS de 14-11-1995)», *Semana Jurídica*, núm. 3, 1996, págs. 134 y ss.

De todas formas, el *quantum* económico de esa minoración de ingresos pudo haber sido cifrado por medio de una operación aritmética, restando el importe total de la pensión de jubilación que se le fija globalmente al funcionario calculada por el tiempo de los cinco años suprimidos -sustraendo-, de la que hubiera percibido durante ese quinquenio, de no haberse producido la anticipación de la jubilación forzosa a los setenta años -minuyendo-. GARCÍA ARILLA, E.: «La impugnación de los actos de la Administración por jubilación anticipada de los funcionarios públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 240, 1988, págs. 1.748-1.749.

En efecto, la anticipación de la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos de los setenta a los sesenta y cinco años ha supuesto una serie de consecuencias para aquellos funcionarios que ingresaron en el servicio público cuando la legislación entonces vigente fijaba tal edad de jubilación en los setenta años, a saber: en primer lugar, supuso el acortamiento imprevisto de su vida profesional y la supresión de posibles expectativas de promoción profesional y económica; en segundo término, ha conllevado la sustitución durante el tiempo de acortamiento de la vida profesional de las retribuciones por pensiones de importe inferior a aquéllas y, en tercer lugar, ha significado la reducción de los años efectivos de servicio activo, lo que incide negativamente sobre el importe de las pensiones, al haberse alterado el equilibrio del llamado por el Tribunal Constitucional «binomio edad de jubilación-años de servicio». Todos estos perjuicios han sido puestos de manifiesto por MONTOYA MELGAR, A.: «El principio de igualdad y la anticipación legal de la edad de jubilación de funcionario excedente que reingresa para completar tiempo de servicios y devengar una pensión», *REDT*, núm. 42, 1990, págs. 281-86, al comentar la STCo 100/1989, de 5 de junio.

(86) De ahí que algún sector de la doctrina haya reparado en la clara distinción existente entre lo que es el «acto de jubilación o retiro» y la «pensión de jubilación o retiro». Aunque muchas veces se identifique la jubilación o el retiro con esta última, no obstante, son dos cosas diferentes, pues siempre se ha de estar jubilado o retirado para poder acreditar, si procede, la prestación propia del sistema de clases pasivas, es decir, lo conocido con la denominación de «derechos pasivos» o «declaración del derecho a pensión». En fin, se puede estar jubilado o retirado sin tener derecho a pensión de jubilación o retiro pero lo contrario no es posible. CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, cit., pág. 261.

nario público podrá ser expedida no sólo por los facultativos del correspondiente Servicio Público de Salud (con quienes hubiera sido concertado el servicio de asistencia sanitaria por el mutualismo administrativo, debiendo hacer extensiva esta competencia, no obstante, a las entidades privadas de asistencia médica también concertadas), sino también por los médicos adscritos al INSS, si bien a los solos efectos de las prestaciones económicas (87). Pese a la noble finalidad de continuar en la lucha férrea contra el fraude existente en esta prestación (que justifica, en principio, esta medida) no cabe pasar por alto lo desafortunado de la redacción de tal medida habida cuenta la desconfianza que muestra hacia los facultativos del sistema (o a las entidades médicas privadas con las cuales hubiera sido concertada la asistencia sanitaria) que han de ser, en buena lógica, los únicos responsables del estado de salud de sus pacientes (88). De ahí la necesidad de articular en el previsto desarrollo reglamentario «la forma de evitar eventuales conflictos que pudieran surgir por la coexistencia de dos decisiones médicas no coincidentes de efectos diversos pero que inciden sobre un mismo objeto: la protección debida y adecuada que ha de dispensarse en las situaciones de incapacidad temporal a los beneficiarios del sistema» (89).

Es menester añadir que la Ley 66/1997 (arts. 62, 63 y 64) modifica también la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, a fin de limitar a un plazo máximo de treinta meses el subsidio económico que por incapacidad temporal se pueda reconocer por la Mutualidad de Funcionarios de la Administración del Estado (MUFACE) [medida que se hace extensiva al personal dependiente del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y de la Mutualidad General Judicial (MGJ)]. Ello supone la aplicación a los funcionarios públicos de un régimen jurídico de incapacidad temporal hasta ese momento aplicable únicamente a los trabajadores por cuenta ajena (art. 131.2.2 bis TRLGSS), en virtud del cual, y frente a la regla genérica de que agotados los dieciocho meses de duración máxima de la incapacidad temporal resulta obligado proceder a valorar la situación clínica del trabajador (a efectos de la posible declaración de la incapacidad permanente dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de agotamiento de la incapacidad temporal), prevé la singularidad de que esa calificación pueda demorarse, atendiendo a la concreta situación clínica del interesado y a la necesidad de continuar el tratamiento médico prescrito. A esta demora pone la propia ley término, impidiendo que pueda exceder de los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal (90). En otras palabras, la inca-

- (87) Un estudio exhaustivo sobre las consecuencias de tal posibilidad en PANIZO ROBLES, J.A.: «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de presupuestos generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 1998», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 180, 1998, págs. 36-42.
- (88) MERCADER UGUINA, J.R.: «Racionalidad del Derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *RL*, núm. 5, 1998, pág. 78.
- (89) Dictamen del CES (núm. 5/1997) sobre el «Anteproyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sesión extraordinaria del Pleno de 1 de octubre de 1997».
- (90) Un análisis de la prórroga de los efectos de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis TRLGSS, puede verse en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.: «Novedades de la Ley 42/1994: en especial en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *RL*, núm. 6, 1994, págs. 84 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La incapacidad temporal*, Valencia, 1995, págs. 53 y ss.; DUEÑAS HERRERO, L.J.: «La contingencia de la incapacidad (laboral) temporal», en VV.AA. (OJEDA AVILÉS, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.; VIDA SORIA, J.: «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)», *TS*, núm. 61, 1996, págs. 7 y ss.; PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la incapacidad temporal: a propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, pág. 109 o

pacidad temporal queda ahora definida, también para los funcionarios públicos, en diferentes fases o tramos a la hora de precisar su completa duración temporal: un primer tramo de doce meses; un segundo tramo de prórroga de otros seis meses si se presume que durante ellos puede el funcionario público ser dado de alta médica por curación; un tercero, máximo de tres meses (que no es preciso agotar pero que tampoco se puede superar), después de los dieciocho para examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación como inválido permanente; y, en fin, un cuarto, si el estado médico así lo aconsejare, en virtud del cual la calificación podrá demorarse por el tiempo preciso, que en ningún caso habrá de rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que hubiera sido iniciada la incapacidad temporal.

Ahora bien, la nueva redacción dada por la Ley 66/1997 al artículo 131 bis. 3) TRLGSS incorpora un nuevo régimen jurídico -de aplicación también al mutualismo administrativo, siguiendo los cánones que marca la interpretación analógica-, en virtud del cual, y si continuara la necesidad de tratamiento médico (por tanto, la situación clínica del interesado aconseje demorar la calificación de incapacidad permanente y fuera necesario entrar en el cuarto tramo analizado -retardo de la calificación por un período de hasta treinta meses siguientes a la fecha de inicio de la incapacidad temporal-), los efectos económicos de la incapacidad temporal serán prorrogados hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente en cuya fecha iniciarán su devengo las prestaciones económicas de ésta. Por el contrario, cuando se extinga el derecho al subsidio por incapacidad temporal por el transcurso del tiempo máximo de duración -dieciocho meses- o por alta médica con declaración de incapacidad permanente en dicho plazo, y si las prestaciones económicas de esta situación son superiores a las de la incapacidad temporal, será obligado retrotraer los efectos económicos de la calificación de la incapacidad permanente al momento en el cual hubiera sido agotado el período previsto para la incapacidad temporal (91). A diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la Ley 66/1997 (régimen jurídico en virtud del cual en los supuestos de extinción de la incapacidad temporal por causa del transcurso del plazo de dieciocho meses o por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal eran prorrogados hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciaban las prestaciones económicas de ésta, que previsiblemente habrían de ser las definitivas, salvo que las mismas fueran superiores a las que venía percibiendo el trabajador -en cuyo caso deberían retrotraer sus efectos al momento en que hubiera sido agotado el de la incapacidad temporal-), la nueva redacción dada por esta ley implica un mecanismo más de recorte económico y reducción de costes capaz de repercutir directamente sobre el beneficiario de la prestación, que resulta tanto más grave en la medida en que la prórroga de la situación de incapacidad temporal en estos casos obedece a la propia situación clínica del interesado y la misma debe ser precisada en su duración por los servicios médicos competentes (92). Inaugura, en suma, una práctica conforme a la cual los retrasos en

BARRIOS BAUDOR, G.: «Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima [Comentario a la STSJ Navarra 31 diciembre 1997 (AS 1997, 4624)]», *Aranzadi Social*, núm. 22, 1998, págs. 53-61.

- (91) MERCADER UGUINA, J.R.: «Racionalidad del derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *cit.*, pág. 80.
- (92) El CES en su Dictamen (núm. 5/1997) sobre el «Anteproyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sesión extraordinaria del Pleno de 1 de octubre de 1997» consideró que no estaba «suficientemente justificado el que se reconociera un peor derecho a los beneficiarios que, por la evolución de su situación clínica deben esperar algún tiempo a una calificación de invalidez permanente, que a quienes son calificados dentro del período de duración máxima de la incapacidad temporal, al no existir razones objetivas para que no reciban un similar tratamiento».

el funcionamiento de los servicios públicos recaen, paradójicamente, sobre los propios sujetos tutelados (93), lo cual va a tener una incidencia superior aun en el régimen de clases pasivas, pues la prestación a recibir por un funcionario aquejado de incapacidad permanente se calcula como un anticipo de la pensión que, en concepto de jubilación o retiro, hubiera obtenido el funcionario al cumplir la edad forzosa establecida al efecto, computando a tal fin como tiempo de servicios prestados -cuando estuviera en la situación de activo- el que faltare al cumplimiento de la referida edad y, por contra, la prestación de incapacidad temporal a partir del cuarto mes (o del séptimo para los funcionarios de la Administración de Justicia) consistirá en las retribuciones básicas, las prestaciones por hijo a cargo -en su caso- y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de MUFACE, ISFAS o MGJ, según se trate, cuya cuantía fija e invariable mientras perdure la incapacidad será la mayor de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria correspondiente al primer mes de licencia o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas el primer mes de licencia, sin que, en ningún caso, el importe a percibir pudiera exceder al de las percepciones que el funcionario tuviera el primer mes de licencia (debiendo aclarar por lo demás que durante los tres primeros meses -o durante los seis primeros tratándose de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia- el beneficiario mantiene la totalidad de los derechos económicos) (94).

Ninguna observación merecen, por lo demás, las lesiones, mutilaciones y deformaciones no invalidantes, derivadas de enfermedad profesional o accidente de servicio, pues quedan protegidas con las mismas cantidades establecidas para el régimen general (arts. 132-133, Real Decreto 843/1976, de 18 de marzo) (95).

8. En cuanto a la pensión de viudedad hace, cabe sentar cómo la diferencia fundamental entre el régimen general y el régimen de clases pasivas radica en el porcentaje aplicable para determinar la cuantía de la misma. Así, mientras en el primero éste será en todo caso el 45 por 100 de la base reguladora del causante (aun cuando dicha base pueda variar por razón del motivo del fallecimiento -contingencia común o profesional-), en el segundo procederá distinguir, de un lado, entre pensiones causadas por funcionarios que aún no hubieran alcanzado el derecho a pensión de jubilación de aquellos ya jubilados, y, de otro, en función de la causa -ordinaria o extraordinaria- del fallecimiento. En efecto, el fallecimiento de un funcionario no jubilado otorga el derecho a una pensión o bien del 50 por 100 sobre la teórica de jubilación correspondiente al mismo, siempre y cuando la causa sea ordinaria, o del 50 por 100, pero sobre el 200 por 100 de la teórica de jubilación si tal causa fuera extraordinaria. Por otra parte, si el funcionario estuviera ya jubilado la pensión alcanzará el 50 por 100 de la pensión actualizada de la ordinaria que por jubilación o retiro viniera percibiendo el difunto; no obstante, si la pensión de éste derivara de un acto de servicio o fuera consecuencia del mismo aquel porcentaje queda establecido en el 25 por 100 (arts. 38 y 39 LCPE) (96).

(93) MERCADER UGUINA, J.R.: «Racionalidad del Derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *cit.*, pág. 80.

(94) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, *cit.*, pág. 46.

(95) SERAL ÍÑIGO, F.J.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Zaragoza, 1996, págs. 184-186.

(96) CEA AYALA, A.: «Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 134, 1994, pág. 120.

9. Igualmente procede destacar el artículo 10 de la Ley 24/1997, que introduce una clara mejora en cuanto a la pensión de orfandad dentro del régimen general de la Seguridad Social, al ampliar la edad límite exigida a los hijos del causante para beneficiarse de esta pensión, que pasa de los dieciocho años (que continúa siendo el límite genérico) a los veintiuno (o ventitrés en el caso de orfandad absoluta), al igual que ya sucedía en el régimen de clases pasivas [art. 41 LCPE (97), en redacción dada por el art. 129.5 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre], aunque aquí sin delimitar las circunstancias de su devengo en función de rentas de ninguna clase (98), lo cual no es sino acertado porque, primero, condicionar el posible acceso a una pensión de orfandad a que el beneficiario no ejerciera actividad lucrativa (tal y como con excesiva rigidez exigía la Ley 24/1997) podría dar lugar a la pérdida del derecho a una pensión de orfandad por la mera realización de un trabajo o actividad, si bien el salario o los ingresos obtenidos de uno u otra fuesen escasos y de menor cuantía que la pensión, en cuyo caso el único recurso que le quedaba al interesado era el cese en el trabajo (99); segundo, porque fijar un umbral de renta inferior al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional (como elemento corrector introducido en el art. 46 de la Ley 66/1997) «rompe con el principio de contributividad, entendiéndose que no tiene por qué haber incompatibilidad entre este supuesto al financiarse las prestaciones de la contingencia mediante cuotas y, por tanto, no tratarse de una prestación asistencial» (100), máxime cuando sería posible que huérfanos con importantes rentas de carácter no salarial tengan derecho a la ampliación de la prestación, mientras queda limitado el nivel de ingresos a quienes los obtengan mediante cualquier trabajo lucrativo aunque no alcance el mínimo vital del salario mínimo interprofesional (101).

Pese a la línea de acercamiento señalada, se mantienen serias diferencias entre el régimen general y el de clases pasivas por lo que hace, básicamente, al contenido básico de esta pensión, a saber: en el régimen común de la Seguridad Social el porcentaje de la pensión de orfandad se cifra en un 20 por 100 de la base reguladora del causante por cada beneficiario con el límite porcentual del 100 por 100 para el conjunto de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del fallecimiento de un mismo causante. Por contra, en el sistema de clases pasivas es menester realizar la siguiente clasificación: tal porcentaje quedará establecido en un 25 por 100 para el supuesto de concurrir un único hijo con derecho a pensión; de existir más beneficiarios descenderá al 10 por 100, prorrateándose entre ellos un 15 por 100; concurriendo huérfanos y cónyuge viudo, el porcentaje máximo de atribución para los primeros será del 50 por 100, si bien de no existir tal concurrencia aquel máxi-

(97) Un estudio sobre el mismo en BARRANCHINA JUAN, E.: *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1991, págs. 273-296.

(98) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma patada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 454.
Únicamente se exige en el supuesto de huérfano mayor de veintiún años que coste su incapacidad para todo tipo de trabajo «desde antes de cumplir dicha edad». Entre otras, SSTS, Sala 3.ª, 21 septiembre -dos-, 10 y 13 octubre -tres- 1995 (Ar. 7938, 7939, 7940, 7941, 7945 y 7946).

(99) PANIZO ROBLES, J.A.: «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de presupuestos generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 1998», cit., pág. 47.

(100) Dictamen (núm. 5/1997) emitido por el CES sobre el «Anteproyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sesión extraordinaria del Pleno de 1 de octubre de 1997».

(101) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998», cit., pág. 31.

mo habrá de ser elevado hasta el 100 por 100; por último, si el fallecido tuviera reconocida pensión extraordinaria de jubilación o retiro por haber sido declarado incapaz en acto de servicio o como consecuencia del mismo, percibiendo, por ende, el 200 por 100 de la pensión ordinaria, los porcentajes anteriores quedarán reducidos por mitad (12,5 por 100 cuando concorra un único hijo o 5 por 100 de ser más, con atribución conjunta a prorratear del 7,5 por 100), quedando reducidos, igualmente, a la mitad los límites máximos referidos (art. 42 LCPE).

10. En el régimen general la pensión en «favor de familiares» comprende como posibles beneficiarios a los nietos, hermanos y ascendientes del causante, extendiéndose a los hijos y hermanos mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos, siempre y cuando el causante tuviera la condición de pensionista de jubilación o invalidez, convivieran con él y a su cargo, acreditaran dedicación prolongada a su cuidado y carecieran de medios propios de vida (art. 176 TRLGSS). Por contra, en el régimen de clases pasivas la pensión «en favor de padres» limita sus posibles beneficiarios, tal y como su nombre indica, al padre y a la madre (art. 44.1 LCPE).

Al hilo de lo anterior, mientras en el régimen común de la Seguridad Social el hecho de otorgar la pensión en favor de familiares es plenamente compatible con la atribución de pensión en favor de la viuda o huérfanos del mismo causante, no ocurre otro tanto en el régimen de clases pasivas. Antes al contrario, en este último régimen podrá atribuirse una pensión en favor de los padres cuando no exista cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión, si bien nada impide que pueda efectuarse *a posteriori* cuando todos los beneficiarios citados fallezcan o pierdan su aptitud para ser pensionistas (art. 44.2 LCPE).

Además, para causar derecho a pensión ordinaria en favor de los padres no se requiere período de carencia, cualquiera que sea la situación administrativa del funcionario: activo, separado del servicio o sancionado con pérdida de empleo. Tal premisa resulta lógica, pero sólo en parte -no obstante la peculiaridad que denota-, habida cuenta la dificultad de fraude al haber sido sometido el funcionario a reconocimiento médico previo a la prestación de servicios; sin olvidar, además, cómo al funcionario fallecido en activo se le cuentan como servicios efectivos los que hubieran podido corresponderle en el momento de su jubilación o retiro forzoso de haber continuado su carrera, por lo cual la exigencia de período de carencia carece, en general, de valor práctico (102).

11. Ninguna crítica merece lo dispuesto en la disposición adicional 9.^a de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992, pues configuró las prestaciones por hijo a cargo en los regímenes especiales de los funcionarios civiles del Estado de acuerdo con las normas contenidas en su modalidad contributiva en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas -hoy integrada en el TRLGSS-, y en las demás disposiciones de aplicación al régimen general, dejando sin vigencia, por ende (con efectos 1 de enero de 1992), las prestaciones de ayuda familiar y de protección a la familia anteriormente recogidas dentro mutualismo administrativo (103); todo ello con el objetivo último de concentrar los recursos en la ayuda por hijos -especialmente minusválidos (104) - y equiparar el nivel de protección de los funcionarios

(102) CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *cit.*, págs. 185-186.

(103) ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, *cit.*, págs. 115-116.

(104) LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «El régimen de protección social del personal de las entidades locales», *AL*, núm. 45, 1992, pág. 798.

públicos al resto de los trabajadores (105). Con intención clarificadora la disposición adicional 8.^a en su párrafo primero del TRLGSS determina que las normas sobre prestaciones por hijo a cargo en su modalidad contributiva contenidas en el Capítulo IX del Título II del presente texto legal serán de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

12. Por Real Decreto 630/1982, de 26 de marzo, se concede una especie de auxilio de defunción para subsanar las necesidades económicas causadas por la muerte de un familiar del funcionario asegurado (a semejanza de otros países como Luxemburgo), protegiéndose, por tanto, no sólo la muerte del propio beneficiario, sino también el fallecimiento de familiares de él dependientes. Se trata de una prestación de asistencia social de ayuda de sepelio consistente en una cuantía dineraria de pago único, concedida, por lo demás, sin sumisión a ningún tipo de obligación formal -de ahí su crítica- con la única excepción de que el causante del derecho figure en el documento de beneficiarios de asistencia sanitaria del funcionario titular (106).

Contrasta tal regulación con el auxilio, de cinco mil pesetas, que se concede en el régimen general y por este orden, a la viuda o viudo, hijos y parientes del fallecido que convivieran con él habitualmente, o a quien hubiera sufragado los gastos del sepelio, si fuera persona distinta de las mentadas (art. 173 TRLGSS) (107).

13. Dejando a un lado la incompatibilidad interna que, como regla general, afecta a todas las pensiones de clases pasivas, en virtud de la cual queda prohibida la percepción simultánea de más de tres pensiones ordinarias de jubilación, viudedad, orfandad o en favor de los padres causadas por diferente persona (art. 25.1 LCPE) (108) o la percepción simultánea de dos o más pensiones ordinarias de clases pasivas causadas en su favor o en el de sus familiares por la misma persona (art. 25.2 LCPE), lo verdaderamente desconcertante no es sino que en los casos de simultanear el desempeño de la actividad funcional y otra u otras privadas por cuenta ajena, el funcionario, sometido al régimen especial, no puede acogerse al llamado «beneficio del pluriempleo», en cuya virtud cotizaría sólo hasta un tope común por la suma de sus diversas retribuciones. En su lugar, queda sometido al «perjuicio de la pluriactividad», obligado, por tanto, a cotizar hasta aquel tope por cada una de sus fuentes de ingresos separadas, si bien sus futuras prestaciones, caso de ser pensiones, sólo podrán alcanzar después el correspondiente tope, pero no separadamente, sino sumadas las cuantías de todas ellas (109).

(105) BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, 4.^a edición, Valencia, 1997, págs. 412 y ss.; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: «Prestaciones familiares por hijo a cargo en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre», en VV.AA.: *Los derechos de información en la empresa. Las prestaciones no contributivas. X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1992, págs. 297-298.

(106) GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P.: *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad Social*, cit., pág. 62.

(107) GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P., *ult. loc. cit.*, págs. 57-62.

(108) Ilustrativa a este respecto es la STS, Sala 3.^a, 27 septiembre 1996 (Ar. 6665), la cual taxativamente señala la incompatibilidad de dos pensiones de viudedad derivadas de un solo hecho causante.

(109) GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30.

14. Característica común del régimen mutualista es la tendencia a trasladar el coste de la Mutualidad a la sociedad en general o, mejor dicho, a los sectores de la misma afectados por las tareas públicas que desarrollan los funcionarios. En concreto, la ausencia de cuota a cargo directo de la Administración no significa, ni mucho menos, que ésta no sufrague gastos de la Mutualidad, habida cuenta su funcionamiento normalmente es soportado por aquélla, pues los funcionarios que desempeñan los trabajos administrativos de la Mutualidad sirven a ésta, pero son retribuidos por la Administración, conforme también sucede con los locales, instalaciones..., etc. En definitiva, un control exhaustivo de costos del funcionamiento de todas y cada una de las Mutualidades existentes demostraría cómo la aportación indirecta de la Administración no es en absoluto ínfima (110).

15. En fin, y por no hacer demasiado tediosa esta enumeración, es menester señalar cómo permanecen excluidas del conocimiento de la jurisdicción social todas las cuestiones relacionadas con la protección social de los funcionarios públicos, tanto en lo que hace a la modalidad de derechos pasivos cuanto al régimen mutualista (111), reconociéndose la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de los conflictos suscitados en relación con el funcionamiento y su dinámica prestacional (112). Y ello no sólo porque las distintas normas que regulan con carácter general el peculiar sistema de Seguridad Social de los funcionarios públicos hayan venido atribuyendo esta competencia de forma expresa (113), sino -y sobre todo- porque la relevan-

- (110) CARRASCO BELINCHÓN, J.: «Inexistencia de una normativa general en el sistema de previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado», *DA*, núm. 71, 1963, pág. 103.
- (111) Siguiendo la línea del artículo 3 a) LPL, si bien ya con anterioridad resultaba claro que si la Mutualidad de funcionarios había sido absorbida por MUFACE, las decisiones de ésta -y las de la Mutualidad absorbida convertida en órgano de gestión- eran ya recurribles en vía contencioso-administrativa, en cualquier caso (STS, Sala 4.ª, 5 octubre 1992 -Ar. 7611-) incluidas las de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (STS, Sala 4.ª, 20 abril 1992 -Ar. 2662-). ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, 9.ª edición, Madrid, 1997, pág. 71.
Reiterando dicha atribución competencial, SSTSJ Andalucía, 10 febrero 1993 (Ar. 1142); Madrid, 5 mayo 1993 (Ar. 1142) y Galicia, 4 noviembre 1994 (Ar. 4469). Al respecto, MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 1996, págs. 119-120.
Tal solución ha sido cuestionada en la medida en que se trata de Mutualidades de funcionarios y de carácter complementario, lo que podría haber llevado a entender competente a la jurisdicción social. No obstante, la razón que seguramente ha llevado a la atribución de competencias al orden contencioso-administrativo ha sido el diverso tratamiento que se ha querido dar a las diferentes y peculiares Mutualidades en función del régimen jurídico de las prestaciones básicas de los funcionarios a los que afecta, pues la gestión por parte de las entidades gestoras del sistema las hace, en alguna forma, integradas en el mismo, aunque de forma diferenciada: régimen general o régimen especial de funcionarios, según los casos. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social...», *cit.*, pág. 290.
- (112) En este sentido, STS, Sala 6.ª, 9 octubre 1986 (Ar. 5427), en virtud de la cual se entendió que si bien el artículo 1.4 LPL 1980 y el 9.5 LOPJ atribuyen a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las reclamaciones en materia de Seguridad Social, ha de entenderse por materia de Seguridad Social la que se relaciona con sus fines, expresados en el artículo 2 LGSS, por lo que si el actor y el ente demandado se encuentran excluidos del campo de aplicación de la Seguridad Social en cuanto a la contingencia de jubilación, estableciéndose su régimen de derechos pasivos en relación directa entre organismo autónomo y funcionario, el conocimiento del conflicto debe encontrarse atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa.
En general, sobre la competencia del orden contencioso-administrativo en materia laboral, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa: concurrencia y conflictos», *RL*, núm. 4, 1989, págs. 9 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «El control judicial de los actos de la Administración laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa», en VV.AA. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, 1991, págs. 19 y ss. o SÁNCHEZ PEGO, F.J.: «Delimitación de los ámbitos jurisdiccionales contencioso-administrativo y social», *AL*, núm. 40, 1993, págs. 715 y ss.
- (113) En la medida en que la vigente remisión al orden contencioso-administrativo se encuentra recogida dentro de normas con rango de ley ordinaria (art. 44 de la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; art. 213 del Decreto 843/1976, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo

te posición de tan particular empresario hace que entre sus privilegios no encuentre excepción, *ratione materiae*, a la normal revisión de sus actos (114). Todo ello sin perjuicio de poder argumentar determinadas circunstancias que pudieran hacer rectificar el criterio inicial y llevar a entender más apropiada la ubicación de determinadas cuestiones litigiosas referidas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en el marco de la jurisdicción social (115), habida cuenta la literalidad del artículo 9.5 LOPJ («los del orden jurisdiccional social conocerán... las reclamaciones en materia de Seguridad Social») y del propio artículo 2 b) LPL («los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... en materia de Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo») (116). En efecto, el tenor literal del artículo 9.5 LOPJ y el hecho de ser posterior a las normas legales y reglamentarias que atribuyen competencia a la jurisdicción contenciosa en esta materia posibilitarían una interpretación extensiva de la jurisdicción social, al ser, sin más, «materia de Seguridad Social» (117), resultando -por lo demás- conveniente que un mismo orden jurisdiccional tuviera atribuida competencia sobre materias que, sin perjuicio de cuestiones puramente organizativas y formales, son sustancial y materialmente iguales en tanto forman parte del sistema público de protección previsto en el artículo 41 CE (118).

Sentadas las anteriores precisiones procede concluir que a pesar de que «está ya muy lejos la concepción -falsa e injustificada- de las clases pasivas como una carga indeseable y la de los haberes pasivos como una "limosna del presupuesto"» (119), dos son las consecuencias inmediatas que cabe inferir de la copiosa relación de defectos -o especialidades, si se quiere, utilizando un término no tan radical-, propios de este régimen, anteriormente transcrita: el descontento y las críticas al sistema, de un lado, y la urgente necesidad de reforma, de otro (120). De ahí que cobre plena actualidad la idea de que ya no es suficiente una aproximación entre el régimen de clases pasivas y el régimen común de protección, sino que la dirección a tomar ha de ser otra -por lo demás- única y convergente: la configuración de un régimen jurídico común de la protección social de funcionarios y trabajadores por cuenta ajena, presidido por el principio de igualdad (121), cuyo centro de gravedad debería quedar

Administrativo; art. 37 de la Ley 28/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; art. 15 del Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se aprueba el régimen especial de los funcionarios de la Administración de Justicia o art. 90 del Real Decreto 3283/1978, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Mutualidad General Judicial, siendo esta última la única que plantea en el momento presente graves problemas de suficiencia de rango jerárquico en la determinación de la competencia jurisdiccional). BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2.ª edición, Madrid, 1995, pág. 27.

- (114) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Jurisdicción Social», en VV.AA. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid, 1996, pág. 267.
- (115) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *ult. loc. cit.*, pág. 267.
- (116) MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, *cit.*, pág. 116.
- (117) CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: *Jurisdicción social y jurisdicción contencioso-administrativa. Concurrencia y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social*, Madrid, 1986, pág. 126.
- (118) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social...», *cit.*, pág. 284.
- (119) SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa», *DA*, núm. 71, 1963, pág. 61.
- (120) Consecuencias ya puestas de manifiesto años atrás por DE LA VILLA GIL, L.E.: «Limitaciones del sistema de previsión social de los funcionarios públicos del Estado», *DA*, núm. 71, 1963, págs. 44-45.
- (121) MAIRAL JIMÉNEZ, M.: *El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Madrid, 1990; BAYOD y SERRAT, V.: «Hacia una nueva jurisdicción contencioso-laboral única e igualdad de trato para trabajadores y funcionarios públicos», *Tapia*, núm. 39, 1988, págs. 41 y ss.

situado -sin duda- del lado de «lo laboral» (122), como consecuencia lógica de la tradicional y poderosa *vis atractiva* de este sector del ordenamiento (123). En síntesis, no cabe sino postular la completa integración del régimen de clases pasivas en el común de la Seguridad Social (124).

Tal integración evitaría desigualdades y homogeneizaría ambos sistemas de protección en una aproximación del régimen estatutario funcional al del trabajador por cuenta ajena privado; en otros términos, tendencialmente no tendría ya ningún sentido la disyuntiva entre ambos regímenes, sino que «el vetusto sistema de clases pasivas pasaría como una pieza de museo a la historia de la previsión social administrativa» en favor de un régimen general de Seguridad Social moderno y comprensivo de todos los ciudadanos, sin distinción de ningún tipo (125), dotado de un claro carácter hegemónico (126).

-
- Parece necesario e indeclinable igualar normativamente las condiciones de trabajo, mínimas y básicas, de todos los empleados públicos, considerados en su conjunto como un todo homogéneo dentro del sistema español de relaciones laborales. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Trabajo privado y trabajo público», *RL*, núm. 6, 1989, pág. 5.
- (122) A fin de cuentas, se ha llegado a afirmar que «la historia del Derecho Laboral es la de una herejía triunfante». GENOUD, H.: «Un problema de *lege ferenda*: Los empleados públicos como sujetos del Derecho Laboral», en VV.AA.: *Estudios en Memoria del Prof. Pérez Botija*, Tomo I, Madrid, 1970, pág. 421. En otras palabras, «el Derecho Administrativo de los funcionarios es una colonia del Derecho del Trabajo. Es un terreno conquistado, aunque tenga su propia autonomía». SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: Prólogo al libro de GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996, pág. 16.
En Francia, la elección entre norma administrativa y laboral se rige por el principio de favor o de norma más favorable. SARAMITO, F.: «Le droit applicable aux relations de travail á la SNCF», *Droit Ouvrier*, 1989, pág. 161; CHORIN, J.: «Entreprises publiques á statut: actualité jurisprudentielle», *DS*, núm. 2, 1996, págs. 175 y ss. Se ha dicho incluso que el mantenimiento de una jurisdicción distinta para funcionarios y personal laboral puede dar lugar a «violaciones insidiosas o subterfugios para no aplicar el derecho realmente aplicable, el Derecho del Trabajo». LYON-CAEN, P.: «La solution du conflit de normes entre Code du travail et status des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés», *DS*, núm. 12, 1996, págs. 1.049 y ss.
- (123) «La constante ampliación del Derecho del Trabajo es lógica consecuencia de la expansión continua del contrato de trabajo». MONTOYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1972, pág. 16. En idéntico sentido la doctrina ha puesto de manifiesto cómo «existe coincidencia unánime en señalar que uno de los presupuestos históricos o de las constantes a que obedece la evolución del Derecho del Trabajo radica en la continua progresión de su ámbito subjetivo». SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986, pág. 181. «Hoy está extendido defender que la eficacia administrativa puede ser mayor con un régimen jurídico laboral que con un régimen jurídico administrativo, que una laboralización de los funcionarios podría conducir a una mejor organización administrativa y, en definitiva, a un aumento de la productividad». SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos en la función pública», *TL*, núm. 5, 1985, pág. 66.
- (124) «La Seguridad Social se enfrenta, evidentemente, con problemas económicos, financieros, jurídicos y administrativos, cuyo tratamiento puede ser distinto según que hayan de amoldarse a los esquemas de organización que en el orden profesional o laboral comportan los referidos grupos o personas sobre los que deban proyectarse. Pero por encima de ellos campea el auténtico problema, el que es común a todos. Es el problema humano, en definitiva, el verdaderamente esencial; afecta lo mismo al funcionario público que al que no lo es, al estudiante igual que al minero o que al trabajador autónomo, servidor doméstico, labrador o pescador; en suma, a todo hombre inserto en el quehacer productivo y vinculado profesionalmente a una renta de trabajo, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la comunidad». GALA VALLEJO, C.: «Consideraciones del órgano gestor en la Seguridad Social general de los funcionarios públicos», *DA*, núm. 71, 1963, pág. 88. Es más, «al funcionario como a cualquier trabajador, la Seguridad Social le afecta en los supuestos más sensibles de su existencia. Sus complejos problemas humanos, en los que muchas veces van implicadas angustiosas y concretas situaciones de desamparo requieren un especial tratamiento para su eficaz solución». GALA VALLEJO, C.: «El carácter representativo de la Seguridad Social de los funcionarios públicos», *DA*, núm. 90, 1958, págs. 61-62.
- (125) DOLZ LAGO, M.J.: «La jubilación de los funcionarios públicos en España», *RSS*, núm. 16, 1982, págs. 257-258.
- (126) TORTUERO PLAZA, J.L.: «Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización», en VV.AA.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, págs. 116 y ss.

Es éste el momento de aprovechar, como solución óptima, el sentir del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, suscrito el 9 de octubre de 1996 por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas (UGT y CC.OO), cuando considera necesario estudiar la convergencia de los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social de manera que queden reducidos a dos [uno de trabajadores por cuenta propia y el otro de trabajadores por cuenta ajena (127)] y censura abiertamente el esfuerzo que han de realizar unos regímenes para que otros deficitarios subsistan (128).

Procede no olvidar, sin embargo, que, conocidas de antemano las dificultades de este proyecto por las presiones que en sentido contrario pudieran ejercer los grupos sociales afectados (129), y con el fin de no convertirlo en un objetivo utópico, la integración debe ser concebida a medio plazo, de forma tal que su puesta en práctica tenga lugar de manera progresiva (130). Una primera vía de actuación podría consistir en mantener el régimen especial de clases pasivas como régimen a extinguir respecto a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de funcionarios la plena integración en el régimen general, así como la posibilidad de mantener los beneficios colectivos adicionales, pero a través de un régimen de protección complementaria financiado tomando en consideración exclusivamente las cotizaciones de los propios interesados. Con el objetivo idéntico de coadyuvar a esta integración sería aconsejable, al tiempo, adecuar o flexibilizar el régimen jurídico del régimen general (permitiendo, por ejemplo, la exclusión de la cotización por desempleo habida cuenta la estabilidad propia del empleo público) para atender en cierta medida a las peculiaridades de los nuevos incorporados. Es imprescindible, por tanto, una evolución tanto del régimen especial de clases pasivas cuanto del propio régimen general capaz de conducir a una aproximación entre ellos y permitir su integración definitiva como elemento indispensable para posibilitar tanto la coordinación interna como su deseable armonización a un nivel superior (131).

-
- (127) BLASCO LAHOZ, J.F.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, Valencia, 1997, pág. 97.
- (128) MONTOYA MELGAR, A.: «La reforma de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, pág. 38.
- (129) No hay que olvidar que el Proyecto de Estatuto de Función Pública continúa manteniendo la protección de «los empleados públicos frente a los riesgos derivados de vejez, incapacidad, muerte y supervivencia, así como la asistencia sanitaria, mediante el régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios del Estado, constituido por el sistema de clases pasivas y el del mutualismo administrativo...» (capítulo XVII).
- (130) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)», *cit.*, pág. 30.
- (131) Línea de actuación sostenida para el conjunto de los regímenes especiales por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *ult. loc. cit.*, pág. 30.