

# LA JUBILACION POR INCAPACIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LOS ORGANISMOS AUTONOMOS

Por JOSE VICENTE LORENZO JIMENEZ

*Sumario:* I. INTRODUCCIÓN.-II. NATURALEZA DE LA JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD: 1. La jubilación como causa del cese de la relación funcionarial. 2. Notas históricas acerca de la jubilación por incapacidad. 3. La jubilación por incapacidad como acto administrativo. 4. El fundamento de la jubilación por incapacidad.-III. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD. ELEMENTOS SUBJETIVOS.-IV. ELEMENTOS OBJETIVOS.-V. LA CAUSA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE JUBILACIÓN.-VI. EL FIN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE JUBILACIÓN.-VII. EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR LA JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD: 1. Iniciación. 2. Desarrollo del procedimiento. 3. Terminación.-VIII. EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD.-IX. LA VUELTA A LA SITUACIÓN DE CAPACIDAD.

## I. Introducción

El estatuto de los funcionarios de los Organismos autónomos aparece regulado principalmente en el Decreto 2043/1971, de 23 de julio, norma que sigue fielmente el esquema previamente trazado para los funcionarios del Estado por el texto articulado de la Ley de

### ABREVIATURAS UTILIZADAS

DF = Disposición final; EM = Exposición de motivos; EP = Estatuto de Personal al Servicio de los Organismos Autónomos de 23 de julio de 1971; INSS = Instituto Nacional de la Seguridad Social; LBSS = Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963; LDP = Texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 21 de abril de 1966; LFCE = Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; LPA = Ley de Procedimiento Administrativo; LRFP = Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984; LRJ = Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; LSS = Ley de la Seguridad Social; LSSFCE = Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; RD = Real Decreto; RDL = Real Decreto-ley; RM = Reglamento de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, siendo también de aplicación la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes para la reforma de la Función Pública [art. 1.º, 1, a)].

Los artículos 16, 17 y 18 del EP y 33 de la LRFP regulan la pérdida de la condición de funcionario. Pues bien, uno de los modos de perder tal condición es la jubilación por incapacidad. En efecto, dice el artículo 18, 2: «Procederá también la jubilación, previa instrucción de expediente, que podrá iniciarse de oficio o a instancia del funcionario interesado, cuando éste padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, bien por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades, en concordancia con las normas que sobre invalidez permanente se determinen en el régimen especial previsto en el artículo 34» (1).

Aparece así regulado en este párrafo del artículo 18 lo fundamental de la jubilación por incapacidad del funcionario. De ahí que el concepto de esta institución deba ser deducido de tal norma. Sin embargo, previamente a determinar el concepto, será preciso averiguar su naturaleza, ya que conociendo dónde encaja será más fácil lograr su delimitación.

## II. Naturaleza de la jubilación por incapacidad

### 1. LA JUBILACIÓN COMO CAUSA DEL CESE DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

El EP habla, en principio, de jubilación («procederá también la jubilación...»). Es decir, la incapacidad se considera causa determinante de la jubilación, lo que lleva a preguntarse qué sea ésta; cuestión que, contra lo que pudiera parecer, no está nada clara.

El término de jubilación procede, precisamente, del Derecho administrativo, del que ha sido importado al Derecho de la Seguridad Social (2). Pero el concepto varía en una y otra rama del Derecho.

A efectos del Derecho de la Seguridad Social, la jubilación consiste en el cese en el trabajo a causa de la edad, definición que la doctrina deduce del artículo 153 de la LSS (3).

(1) El artículo 34 establece: «El régimen de Seguridad Social de los funcionarios de carrera de los Organismos autónomos será el que se establezca por la disposición correspondiente, de conformidad con el artículo 10, 2, del texto articulado de la Ley de 28 de diciembre de 1963, de bases de la Seguridad Social.»

(2) ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*, I, Madrid, 1981, p. 309.

(3) ALMANSA, *op. cit.*, p. 315.

Sin embargo, este concepto no es válido para el Derecho administrativo, desde el momento en que éste admite una jubilación por incapacidad. Según el artículo 16, 2, del EP, «la relación funcional cesa también en virtud de jubilación forzosa o voluntaria». De modo que, en primer lugar, la jubilación es una de las causas de cese de la relación funcional («... también...»); en segundo lugar, se distingue entre dos clases, la forzosa y la voluntaria.

Si la jubilación es una de las causas de cese de la relación funcional, surge el problema de determinar cuáles son las notas distintivas entre la jubilación y las demás causas de cese, o, lo que es lo mismo, determinar cuál es la esencia de la jubilación como institución diferente de las demás causas. Ahora bien, planteado este problema, inmediatamente se plantea la cuestión de si existe la suficiente homogeneidad entre las dos clases de jubilación, de modo que pueda crearse con ellas una categoría unitaria.

Pero es que aparece, además, un tercer problema. El artículo 16, 2, distingue entre la jubilación forzosa y la voluntaria. Como consecuencia, el artículo 18, 1, regula la jubilación forzosa (4). El artículo 18, 3, regula la voluntaria. En medio queda el párrafo segundo, que regula una clase de jubilación de la que no se dice si es forzosa o voluntaria, simplemente que se trata de jubilación.

¿Cabe hablar de jubilación por incapacidad? Como ya se ha dicho, en materia de Seguridad Social se distingue claramente entre los conceptos de jubilación y de incapacidad. La jubilación consiste en el cese en el trabajo a causa de la edad. La invalidez permanente, que es la que aquí nos interesa, es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (art. 132, 3, de la LSS) (5).

La distinción entre incapacidad y jubilación es así clara. Por un lado, la incapacidad permanente no tiene por qué determinar el cese en el trabajo (ejemplo: la incapacidad permanente parcial o la total); por otro,

---

(4) Esta norma ha de entenderse modificada por el artículo 33 y disposición derogatoria 1, B), LRFP, pero ello no altera el sentido de nuestra argumentación.

(5) Hay que añadir que según la DF cuarta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de minusválidos, no es necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente cuyas secuelas sean definitivas.

el requisito de la edad juega únicamente en la jubilación, no en la incapacidad.

En cambio, la distinción se difumina en el Derecho administrativo. Entre la jubilación voluntaria y la forzosa hay un nexo común: en ambas, el cese de la relación funcionarial se debe al cumplimiento de una edad. En aquélla se acompaña una declaración de voluntad del funcionario. En ésta, el cese opera por el mero transcurso del tiempo. En cambio, en la jubilación por incapacidad de un funcionario de un Organismo autónomo, el tiempo, en principio, no juega para nada (6). Esta lo mismo puede afectar a un funcionario de treinta años que a uno de sesenta. A primera vista no existe, entre la jubilación voluntaria y la jubilación por incapacidad, ningún nexo en común que permita construir una categoría unitaria y distinta de las demás señaladas en el artículo 16. Así, por ejemplo, Entrena Cuesta distingue entre causas normales y anormales de pérdida de la condición de funcionario. Entre las normales incluye la jubilación voluntaria y la forzosa. Entre las anormales incluye, junto con otras como la renuncia o la pérdida de la nacionalidad española, la jubilación por incapacidad (7).

Entre la jubilación forzosa y la voluntaria existe un rasgo común: la relevancia del elemento tiempo, el cumplimiento de ciertas edades.

La jubilación forzosa y la jubilación por incapacidad tienen una nota común. En ambas se cesa por causas independientes de la voluntad. Sin embargo, la causa es, en la primera, el cumplimiento de una edad; en la segunda, la falta de capacidad. De modo que la nota común entre las tres clases de jubilación no se encuentra ni en sus causas ni en la naturaleza de las mismas, sino en constituir todas ellas contingencias de las que, en principio, puedan derivarse una serie de prestaciones económicas. Esto las distinguiría de las demás causas de cese de la relación funcionarial, como la renuncia, la pérdida de nacionalidad española, la sanción de separación del servicio y la pena de inhabilitación para cargo público, que no tienen la naturaleza de contingencias protegibles por un sistema de seguridad social (8).

(6) Esta afirmación no puede efectuarse de una manera absoluta en relación con los funcionarios civiles del Estado: la jubilación de éstos por debilitación apreciable de facultades sólo cabe si han cumplido los sesenta años; *vid.* art. 27, 3, LDP.

(7) ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1981, pp. 310 y ss.

(8) Pero si la nota distintiva es la de constituir contingencias protegibles que implican el cese de la relación funcionarial, tal nota se puede ver también en el fallecimiento, a pesar de lo cual nunca se ha hablado de una jubilación por fallecimiento: es decir, habría que añadir la nota de que las prestaciones económicas derivadas de tal contingencia se disfrutaran directamente por el jubilado.

De lo dicho hasta ahora se deduce que no cabe construir el concepto de jubilación administrativa con arreglo a un criterio sistemático, por lo que hay que acudir a criterios históricos.

## 2. NOTAS HISTÓRICAS ACERCA DE LA JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD

La materia de la jubilación de los funcionarios fue inicialmente regulada en las Leyes de Presupuestos, empezando por la pionera de 26 de mayo de 1835. Aparece así la primera característica de esta materia a lo largo de todo el siglo XIX y cuya influencia se deja sentir en el presente: la jubilación no se contempla como causa de extinción de la relación funcionarial, sino como causa de adquisición de la condición de clase pasiva. Ello va a determinar una importante consecuencia: el tema de la jubilación se enfoca desde el punto de vista de las obligaciones financieras del Estado (como digo, es significativo su tratamiento en las Leyes de Presupuestos). Para el legislador, la jubilación es un tema de política económica, de manera que aumentando o disminuyendo los requisitos para que el funcionario pueda jubilarse, disminuirán o aumentarán, respectivamente, las cargas financieras de la Hacienda Pública.

Una segunda característica es que muchas veces no se va a distinguir claramente entre una jubilación por incapacidad y una jubilación por otras causas, y ello por dos motivos. Por un lado, porque, a veces, para disminuir las cargas pasivas del Estado, se va a exigir, acumulativa y no alternativamente, el requisito de la imposibilidad junto con otros (así, un tiempo de servicios, como en la Ley de 1835; o el cumplimiento de una edad, como en la Ley de 24 de junio de 1941) para otorgar la jubilación. Por otro, porque, al contrario de lo que actualmente ocurre, el acto de jubilación no va a ser reglado, sino discrecional.

Y una tercera característica, que va a mantenerse hasta nuestros días, es que cuando el legislador distingue entre jubilación forzosa y voluntaria pone el acento en el modo de iniciación del procedimiento de declaración de jubilación, no en el carácter causal o puramente voluntario de la jubilación, de donde se deriva que el legislador admita que la jubilación por incapacidad pueda ser tanto forzosa como voluntaria.

Pasando a examinar la legislación sobre la materia, en un primer momento no se contempla la posibilidad de una jubilación forzosa por

edad. En efecto, según el artículo 17 de la Ley de Presupuestos de 1835, «no se concederán jubilaciones sino a empleados que pasen de cincuenta años de edad o a los que por sus achaques se hallen en absoluta imposibilidad de servir, debiendo en ambos casos tener, al menos, veinte años de servicio». Es decir, cabe la jubilación en dos supuestos, y en ambos es preciso reunir veinte años de servicio: por un lado, una jubilación voluntaria una vez cumplidos los cincuenta años; por otro, una jubilación por absoluta imposibilidad de servir a causa de sus achaques (9). A lo que hay que añadir que no se contempla una jubilación de oficio por la Administración, sino sólo a instancia del interesado, como se deduce de la utilización del verbo conceder.

El artículo 5.º del Estatuto de Bravo Murillo parece referirse a una jubilación de oficio: «Podrán ser jubilados por imposibilidad absoluta de servir...» (10).

La Ley de Presupuestos de 25 de junio de 1855 dice que los empleados no obtendrán la jubilación si no cuentan sesenta años de edad cumplidos, pero también la admite cuando se demuestre en expediente instruido en forma legal la absoluta imposibilidad física para continuar en el servicio activo.

La Ley de Presupuestos de 3 de agosto de 1866 dice que «los empleados de las diversas carreras civiles no podrán ser jubilados contra su voluntad sino cuando hayan cumplido sesenta y cinco años de edad», pero admite el derecho a la jubilación, a petición propia, por causa de «imposibilidad física notoria» (art. 18). Se distinguen, pues, dos tipos de jubilación. Una primera, que deriva de una facultad discrecional de la Administración («no podrán»), únicamente limitada por el hecho de que el funcionario tenga más de sesenta y cinco años. En caso de que la Administración ejercite tal facultad, la jubilación deviene forzosa para el funcionario (11). Y, evidentemente, una de las causas por las que la Administración puede hacer uso de esa facultad es la imposibilidad del funcionario.

En segundo lugar, la Ley contempla una jubilación «a petición propia» por causa de imposibilidad física notoria. De modo que no basta la simple imposibilidad física: es necesario que el funcionario

(9) En cuanto a los antecedentes históricos de la jubilación, cfr. GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1970, t. III-1, pp. 94 y ss.; t. III-2, pp. 767, 768 y 778.

(10) Según GARCÍA TREVIJANO: *op. cit.*, III-1, p. 141, la jubilación procedía obligatoriamente por imposibilidad absoluta de servir, pero no había jubilación forzosa por edad.

(11) Es obvio que este carácter forzoso de la jubilación nada tiene que ver con la actual jubilación forzosa por edad, ya que en esta última la Administración ejercita facultades regladas.

solicite la jubilación, lo que es un importante matiz. Con ello, la nota de voluntariedad se pone en la petición de la jubilación, no en el hecho de la libre voluntad del interesado: para determinar la voluntariedad no se atiende a la causa de la jubilación, sino al modo de iniciación del procedimiento para su declaración. Sólo así cabe hablar de una jubilación voluntaria por imposibilidad notoria. Lo que ocurre es que este criterio parece poco adecuado para la tutela del interés público, ya que, de no mediar petición, un funcionario imposibilitado podría seguir prestando servicio para los que, por hipótesis, no estaba capacitado.

Además, hay que observar que seguía vigente el artículo 17 de la Ley de Presupuestos de 1835, en cuanto exigía, como circunstancia precisa para la concesión de la jubilación, que el empleado contara con veinte años de servicio reconocidos (12).

La doctrina administrativista, por su parte, se limita a seguir la legislación, sin apartarse de las características que antes hemos señalado acerca de la legislación de este período. Así, Santamaría de Paredes estudia la jubilación dentro del apartado dedicado a las clases pasivas, que forma parte del capítulo dedicado a los funcionarios públicos, sin mencionar para nada la jubilación como causa de cese de la condición de funcionario (13).

Royo Vilanova (14) también estudia la jubilación al tratar de las clases pasivas. Sin embargo, este autor, aunque esquemáticamente, ya se refiere a la jubilación como causa de cese de la condición de funcionario. En efecto, presenta un cuadro esquemático (15) en el que, entre las causas de jubilación por voluntad del funcionario, incluye la jubilación voluntaria en base al artículo 36 de la Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, y entre las causas por ministerio de la Ley incluye la jubilación forzosa en base a los Reales Decretos de 16 de febrero y 15 de marzo de 1901.

Las consecuencias de este tratamiento legislativo y doctrinal de la jubilación van a ser importantes, ya que va a seguir predominando la nota que caracteriza a la jubilación como causa de adquisición de la condición de clase pasiva. Y ello precisamente porque la categoría de

(12) Vid. SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1885, p. 105, el cual menciona la Real Orden de 18 de octubre de 1877.

(13) *Op. cit.*, pp. 104 y ss.

(14) ROYO VILANOVA: *Principios de Derecho administrativo*, t. I, 1902, p. 115. Dice este autor: «Tienen derecho a jubilación los empleados civiles que hayan cumplido sesenta y cinco años y los que antes de esa edad aleguen imposibilidad física, plenamente acreditada, o cuenten cuarenta años de servicios», añadiendo en nota, «Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, art. 36».

(15) *Op. cit.*, p. 140.

jubilación, como tal categoría unitaria, encaja mejor en este aspecto que en el de cese de la relación funcionarial (16).

La Ley de Bases de la Función Pública de 2 de julio de 1918, en su base octava, regula sistemáticamente lo que hasta entonces se había tratado fragmentariamente: «La jubilación de los funcionarios de los Cuerpos generales de la Administración Civil del Estado será forzosa por razón de la edad o por imposibilidad física notoria y voluntaria por las mismas causas o por reunir determinado número de años de servicio.» Como se ve, se sigue poniendo la nota en la solicitud del funcionario o en la declaración de oficio de la jubilación para determinar, respectivamente, el carácter voluntario o forzoso de ésta, lo que lleva a considerar la imposibilidad física como causa tanto de la jubilación forzosa como de la voluntaria, criterio erróneo, pero que sin embargo muestra una gran dosis de supervivencia al no atreverse ni la actual LFCE ni el EP a incluir la jubilación por incapacidad en una u otra clase de jubilación.

La legislación de clases pasivas del Estado muestra un importante grado de coincidencia con el esquema bismarckiano de seguros sociales. En efecto, en Alemania se establece en 1889 un seguro de vejez e invalidez, dando un cierto carácter unitario a ambas contingencias. Dice Almansa Pastor que, concebida la vejez como complementaria de la invalidez (17), ambas solían unirse bajo un mismo régimen protector, como ocurría en España con el seguro de vejez e invalidez (18). Así, en materia de Seguridad Social, un Real Decreto-ley de 1919 implantó el llamado Retiro Obrero, concibiendo la vejez como una invalidez por edad (19); posteriormente, el Decreto de 18 de abril de 1947 regula en un mismo cuerpo legal el seguro de vejez y las pensiones de invalidez, lo que muestra la tendencia a asimilar ambas contingencias (20).

La Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 20 de julio de 1963 sigue la misma tendencia. Según su base quinta, «la jubilación de los funcionarios será forzosa por razones de edad o por imposibilidad física, y voluntaria, por esta última causa o por reunir determinado

(16) Por eso, y adelantando ideas, cuando, como ocurre en el EP, la jubilación deje de ser considerada en el aspecto de origen de clases pasivas, el concepto pierde toda su razón de ser.

(17) Significativa muestra en el ámbito de las clases pasivas es la Ley de 24 de junio de 1941, que, tras declarar como edad de jubilación forzosa la de setenta años cumplidos, autoriza la jubilación de aquellos funcionarios que, aun no habiendo llegado a tal edad, debieran serlo, siempre que teniendo sesenta y cinco años cumplidos, por su agotamiento u otra causa, les faltara la aptitud necesaria para el desempeño de sus funciones, sin que llegase a constituir una imposibilidad física concreta.

(18) ALMANSA: *Derecho de la Seguridad Social*, I, Madrid, 1981, p. 310.

(19) ALMANSA, *op. cit.*, p. 120.

(20) ALMANSA, *op. cit.*, en especial, I, pp. 290 y 314.



número de años de servicios en la forma y condiciones que se determinen en el texto articulado de esta Ley».

El desarrollo de esta base se realiza en los artículos 37, 2 y 39 de la LFCE de 7 de febrero de 1964. Quedan así reguladas las distintas clases de jubilación, considerando a ésta como causa de cese de la relación funcional. Quedaba por regular la jubilación como causa del nacimiento del derecho a una pensión, y esto se hizo por la LDP de 21 de abril de 1966. Por ello se puede decir que ambas Leyes son complementarias y que una no tiene sentido sin la otra, debiendo añadir que, conforme a los antecedentes históricos, el aspecto de la jubilación como cese de la relación funcional se contempla en función del otro aspecto, es decir, de la jubilación como causa de una pensión.

Al regular el régimen de los funcionarios de los Organismos autónomos, también debía haberse tenido en cuenta ambos aspectos. El del cese de la relación funcional se reguló en los artículos 16, 2 y 18 de la EP, los que prácticamente se limitan a transcribir los artículos 37, 2 y 39 de la LFCE, al menos en el tema que estamos tratando. Pero no ocurre lo mismo en cuanto al aspecto del nacimiento del derecho a pensión.

En efecto, en este punto hay que hacer mención a la legislación de seguridad social. Según el artículo 10 de la LSS, «se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes: [...] *d*) funcionarios públicos civiles y militares; [...] *f*) funcionarios de entidades estatales autónomas». Como hemos dicho, el régimen de los funcionarios públicos civiles del Estado aparece integrado, junto con otros mecanismos de cobertura (art. 2.º LSSFCE), por el sistema de derechos pasivos, regulado por la LDP, que responde a principios tradicionales. En cambio, el régimen especial de los funcionarios de entidades estatales autónomas no llegó a regularse, sino que una resolución de 10 de abril de 1967 dispuso que, en tanto se regulara tal régimen especial, continuarían rigiendo las normas del régimen general, con la salvedad de aquellos Organismos que hubieran exceptuado a su personal de la protección de todas o algunas de las contingencias, en virtud de tener establecida una protección específica equivalente (21).

De modo que a los funcionarios de los Organismos autónomos es aplicable el título II de la LSS. Ahora bien, ésta, siguiendo a la LBSS,

(21) ALMANSA, *op. cit.*, II, Madrid, 1983, p. 353. En este trabajo vamos a prescindir de esta excepción, ya que el objeto es estudiar el régimen de los funcionarios sometidos al régimen general de la Seguridad Social.

ha abandonado antiguas concepciones, contemplando, como contingencias distintas, la vejez y la invalidez, apareciendo cada una de ellas reguladas en capítulos distintos, una en el capítulo VIII (arts. 153-156) y otra en el capítulo VI (arts. 132-145).

Es decir, el EP y la LSS responden a principios distintos. Aquél responde al principio de considerar como una única contingencia la vejez y la invalidez. Esta, al principio de considerarlas contingencias distintas. De esa divergencia de criterios van a derivar una serie de problemas y consecuencias que se irán viendo en las siguientes páginas. Y la primera consecuencia es que, con respecto a los funcionarios de los Organismos autónomos, no cabe construir el concepto de jubilación como una categoría unitaria y distinta de las demás causas de cese de la relación funcionarial.

### 3. LA JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD COMO ACTO ADMINISTRATIVO

Para que surja la condición de jubilado es necesario un acto administrativo. La legislación es clara en este punto, incluso respecto a la jubilación forzosa por edad, en la que en principio podría parecer que la jubilación nace del mero hecho del transcurso del tiempo («la jubilación forzosa se declarará...»). Esto mismo ocurre con la jubilación por incapacidad. No basta la existencia de una incapacidad; es necesario que exista un acto administrativo reconociendo o declarando esa situación de incapacidad. Así se deduce de la expresión «procederá la jubilación, "previa instrucción de expediente"...». Sin acto administrativo previo no surge la situación de jubilado.

Distinto es el tema de si ese acto administrativo es constitutivo o simplemente declarativo, pero esto se verá al estudiar sus efectos.

Todo ello justifica la necesidad de estudiar el acto administrativo de jubilación en sus distintos elementos y efectos. Pero antes se ha de señalar el fundamento de la existencia de una institución como es la jubilación por incapacidad.

### 4. EL FUNDAMENTO DE LA JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD

La relación funcionarial se concreta en la prestación de unos servicios por el funcionario a la Administración (art. 1.º de la LFCE: «Los funcionarios de la Administración son las personas incorporadas

a la misma por una relación de servicios profesionales...»). Para adquirir la condición de funcionario hay que cumplir una serie de requisitos (nacionalidad, edad, titulación, etc.). Pues bien, uno de los requisitos es el de «no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones» [art. 30, 1, *d*), de la LFCE, al que se remite el art. 8º, 2 del EP]. En consecuencia, si ese requisito deja de existir, cesa la causa que originó la incorporación del funcionario a la Administración, por lo que surge un motivo de extinción de tal relación (22).

### III. Los elementos del acto administrativo de jubilación por incapacidad. Elementos subjetivos

El acto de jubilación debe ser dictado por el órgano competente de la Administración. Sin embargo, el EP no contiene ninguna norma en la que se diga expresamente cuál es ese órgano.

Según el artículo 2.º de la LRFP, todo el personal de los Organismos autónomos del Estado tendrá dependencia orgánica del Ministerio de la Presidencia, sin perjuicio de la que funcionalmente tenga con cada Departamento. Con ello parece que todas las competencias en materia de jubilación han sido asumidas por dicho Ministerio. Así lo confirma la EM de la Ley: «Congruente con este propósito (el de la reforma en profundidad de las competencias en materia de personal) debe interpretarse la dependencia orgánica del personal al servicio de la Administración del Estado (en el que se incluye el personal al servicio de los Organismos autónomos) de un solo Departamento ministerial, que se establece en esta Ley por primera vez en la historia de la Administración española.»

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley dice que «corresponde a los delegados del Gobierno en relación al personal que haya sido destinado a los servicios periféricos de ámbito regional, y a los gobernadores civiles en relación con el personal destinado a los servicios periféricos provinciales, el ejercicio de las competencias que la legislación vigente atribuye a los subsecretarios y a los directores generales en relación al personal de los servicios periféricos de la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y de la Seguridad Social, sin perjuicio de la superior dirección que corresponde a los Departamentos ministeriales».

(22) ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 310.

El punto 1, b), de la disposición derogatoria de la misma ley, por último, deroga parcialmente, en cuanto se oponga a ella, el artículo 17 de la LRJ. Según este artículo, «las jubilaciones de los funcionarios públicos que se realicen de acuerdo con facultades regladas serán de la exclusiva competencia del subsecretario o director general de quienes aquéllos dependan jerárquicamente».

Con relación al artículo 17 de la LRJ hay que hacer unas consideraciones. En primer lugar, habla de facultades regladas. ¿Es facultad reglada la jubilación por incapacidad de un funcionario de un Organismo autónomo? En principio, podría interpretarse en relación con el artículo 24, 2, de la LDP, según el cual será competente para acordar la jubilación de los funcionarios afectados por dicha Ley (o sea, los del Estado), «el ministro del cual el Cuerpo dependa, en los casos de jubilación por inutilidad física por debilitación apreciable de facultades a que se refiere el artículo 26 de esta Ley» (precepto, por cierto, no derogado expresamente por la LRFP). Este artículo parte de la base de que, al conceder esta jubilación, la Administración ejercita facultades discrecionales, con lo que no sería de aplicación el artículo 17 de la LRJ. Sin embargo, esta tesis es rechazable de plano, por lo menos en relación con los funcionarios de los Organismos autónomos. Los conceptos de inutilidad física y de debilitación apreciable de facultades no suponen dejar una puerta abierta a la discrecionalidad de la Administración, sino que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, en los que, pese a la indeterminación de su contenido, o se da la causa de incapacidad o no se da. Si se da, la consecuencia inmediata es la jubilación del funcionario. Si no se da, la consecuencia será la permanencia del funcionario en el servicio activo. Es decir, en estos casos, la Administración se limita a determinar si unos hechos encajan o no en el supuesto recogido por la norma. Si encajan, procede aplicar la consecuencia jurídica; si no, falta el presupuesto para que surja esta última. Por tanto, nos encontramos ante el ejercicio de potestades regladas.

En segundo lugar, se habla del subsecretario y del director general de quienes el funcionario dependa jerárquicamente. El artículo 17 de la LRJ está pensando en la Administración del Estado. Pero, ¿es aplicable a la Administración institucional?

Si el Organismo autónomo tiene categoría de Subsecretaría o de Dirección General, el supuesto es perfectamente aplicable al presidente

o director del Organismo autónomo, ya que éste tendrá nivel orgánico de subsecretario o de director general.

En cambio, si el presidente o director tiene categoría distinta (por ejemplo, de subdirector general), podría pensarse que el órgano competente es el director general o subsecretario del que aquél depende.

No parece ésta la opinión correcta. El artículo 17 de la LRJ parte de la base de que el funcionario a jubilar depende directamente del subsecretario o director general. Pero es que entre la Administración del Estado y el Organismo autónomo no existe una relación de jerarquía, sino de tutela. Por ello, más bien hay que entender que el artículo 17 confiere la competencia no sólo a los órganos que expresamente menciona, sino que utiliza el término de director general como equivalente al de jefe de un centro directivo, y en este sentido, no cabe duda que un Organismo autónomo, aunque tenga categoría inferior a la de Dirección General, habrá de ser considerado como centro directivo.

Según el artículo 6.º, 7, a), del EP, el presidente, director o cargo similar del Organismo es competente para «ejercer la dirección, gobierno y régimen disciplinario del personal dependiente del mismo». Las expresiones son lo suficientemente amplias como para englobar todo tipo de competencias no atribuidas expresamente a otro órgano administrativo, lo que, por otra parte, confirma la misma naturaleza del Organismo autónomo, ente creado para descongestionar a la Administración del Estado en sus funciones (23).

Asimismo lo confirma el hecho de que al subsecretario se atribuya la jefatura superior del personal (art. 15, 2, de la LRJ). Es significativa la utilización del adjetivo «superior»: existe, pues, un órgano que ejerce una jefatura no superior.

De todo ello se concluye que, hasta la entrada en vigor de la LRFP, el órgano competente para declarar la jubilación por incapacidad era el presidente o director del Organismo autónomo.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LRFP, hay que decir lo siguiente. En primer lugar, que su artículo 10 habla de los subsecretarios y directores generales, dando a tales conceptos el mismo significado que tenían en el artículo 17 de la LRJ, como lo confirma la mención que la disposición derogatoria 1, b), hace de este último artículo. De ahí que sean los delegados del Gobierno y, en su caso, los gobernadores civiles,

---

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1983, p. 384.

los competentes para declarar la jubilación de los funcionarios de Organismos autónomos destinados en los servicios periféricos.

Y en segundo lugar, que el órgano competente para declarar la jubilación de los funcionarios destinados en los servicios centrales de los Organismos autónomos es el Ministerio de la Presidencia (art. 2.º de la LRFP).

#### IV. Elementos objetivos

El contenido del acto administrativo consiste en una declaración del órgano competente por la que se jubila al interesado al concurrir las circunstancias de incapacidad.

La jubilación afecta, por hipótesis, a un funcionario, que puede ser de cualquier clase (de carrera, interino: art. 72 del EP, etc.). Sin embargo, el funcionario puede encontrarse en varias situaciones: servicio activo, excedencia, etc. ¿Cabe la jubilación en cualquiera de estas situaciones o sólo en la de servicio activo? La amplitud de los términos del artículo 18, 2, inclina a pensar que cabe la jubilación sea cual sea la situación en la que se halle el funcionario. En efecto, basta que éste padezca una incapacidad para el ejercicio de las funciones que le correspondan, o que le correspondieran de encontrarse en servicio activo, para que proceda la jubilación.

Esta opinión se confirma si se observa el régimen de la jubilación de los funcionarios del Estado. Según el artículo 19, 1, de RDP, «la jubilación por incapacidad permanente del funcionario para el ejercicio de las funciones por inutilidad física podrá acordarse, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre...».

La razón de defender esta opinión es que la jubilación por incapacidad es una institución que está no sólo en interés del funcionario, sino también, y principalmente, en interés de la Administración, pues no tiene sentido que ésta siga manteniendo o reservando una relación de servicio con una persona que es incapaz de prestar tal servicio. De ahí que la Administración pueda declarar la jubilación cuando conozca la incapacidad del funcionario, tanto si éste se halla en servicio activo como si se halla en cualquier otra situación.

No obstante, hay que distinguir esto de otro supuesto, cual es el de que un funcionario excedente haya sido declarado en la situación de incapacidad permanente total para realizar el trabajo que habitualmente

realizaba. Es obvio que si no puede realizar ese trabajo, pero, sin embargo, puede realizar las funciones que tendría encomendadas de encontrarse en servicio activo, la Administración no puede declarar en este caso la jubilación por incapacidad.

### **V. La causa del acto administrativo de jubilación**

La causa, o, si se prefiere, el presupuesto de hecho determinante de la jubilación es la incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones, bien por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades.

Por tanto, lo que sea la causa depende de lo que se entienda por incapacidad permanente. Pues bien, el EP se remite al régimen especial que, conforme al artículo 10, 2, f), de la LSS, debía haber sido aprobado. Sin embargo, como ya se ha dicho, no ha ocurrido así, por lo que, actualmente, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución de 10 de abril de 1967, es de aplicación directa, salvo excepciones, el régimen general de la Seguridad Social. Y éste, como también más atrás se ha dicho, define la invalidez permanente en el artículo 132, 2, de la LSS, señalando en el artículo 135 las diversas clases de ella: incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez. Es decir, el criterio para determinar si existe incapacidad o no, y, en caso de que exista, si esa incapacidad tiene suficiente entidad para determinar el cese de la relación funcional, viene dado por lo dispuesto en los artículos 132 y siguientes de la LSS y normas que los desarrollan.

En consecuencia, no cabe la jubilación si el funcionario es declarado en la situación de invalidez provisional. Tal funcionario seguirá en la misma situación administrativa que si estuviera en la de incapacidad laboral transitoria. Por ello, si el funcionario está en activo, tendrá derecho a las retribuciones básicas conforme al artículo 36 del EP. Así lo confirma el hecho de que la legislación de funcionarios del Estado siga este criterio (art. 105, en relación con el RM).

El entender el concepto de incapacidad permanente en el sentido dado por el artículo 132, 2, de la LSS, tiene un importante efecto delimitador, ya que no cabrá decir que, a efectos administrativos, el concepto de incapacidad abarca un campo distinto del que abarca en

materia de Seguridad Social. De modo que una inutilidad física o una debilitación de facultades que no produzcan una incapacidad tal como la define el artículo 132, 2, de la LSS no darán lugar a la jubilación.

Ahora bien, ¿y si tales hechos dan lugar a una incapacidad permanente parcial? ¿Ocedería en tal caso la jubilación? El artículo 135, 3, de la LSS, define tal incapacidad como aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. En principio, podría pensarse que, siendo la incapacidad parcial una de las clases de incapacidad permanente, debiera proceder la jubilación. Sin embargo, no basta con ello. Es necesario, además, que esa incapacidad provenga de una inutilidad física o de una debilitación apreciable de facultades. Por ello, hay que determinar el contenido de ambos conceptos, pero antes conviene tratar de distinguir entre uno y otro.

En la legislación de Seguridad Social no aparece la distinción entre inutilidad física y debilitación apreciable de facultades. En efecto, el artículo 132, 2, se limita a hablar de «reducciones... que disminuyan o anulen su capacidad laboral (del trabajador)».

En cambio, en la legislación de derechos pasivos, a pesar de que no se define ni uno ni otro concepto, se confiere a la distinción una importante trascendencia.

Así, el artículo 27, 3, de la LDP, señala que «la jubilación por debilitación apreciable de facultades requiere que el funcionario tenga sesenta años cumplidos y el informe favorable de una junta de aptitud», requisitos que no son necesarios cuando la jubilación es por inutilidad física.

Un criterio de distinción podría estar en entender que la debilitación apreciable de facultades se refiere a las síquicas o mentales, en contraposición a la inutilidad física. Sin embargo, esta opinión no parece aceptable, ya que se da una interpretación excesivamente restringida al concepto de inutilidad física. Más bien hay que entender que este último concepto abarca tanto a las facultades físicas como a las mentales, empleando la expresión inutilidad (que no deja de tener cierto matiz peyorativo) en el sentido de imposibilidad y añadiendo física para dejar claro que no se refiere a un supuesto de impericia o ineptitud.

Otro criterio de distinción podría hallarse en el grado de incapacidad. Así, la inutilidad física haría referencia a una inutilidad total. En cambio, la debilitación apreciable de facultades denotaría una incapaci-



dad limitada: no es lo mismo una inutilidad, en la que parece no existe ningún tipo de capacidad, que una debilitación de facultades, en la que sí parece existir una capacidad, aunque limitada. Este parece ser el criterio adoptado, lo que se confirma por el hecho de que la LDP exija mayores requisitos para la declaración de la debilitación de facultades que para la de la inutilidad física.

¿Tiene relevancia la distinción con respecto a los funcionarios de los Organismos autónomos? Parece que no. La LFCE maneja los conceptos anteriores sin definirlos: los requisitos y efectos económicos no aparecen contemplados, para los funcionarios del Estado, en dicha ley, sino en la LDP. Ninguna de las dos leyes es aplicable directamente a los funcionarios de los Organismos autónomos. Sin embargo, la LFCE es de aplicación supletoria a éstos, ya que su artículo 2.º, 3, así lo dice expresamente. No ocurre lo mismo con la LDP, que carece de tal norma, norma que sería necesaria para otorgar a esta ley carácter supletorio. De ahí que no sean exigibles a la jubilación por debilitación de facultades de los funcionarios de los Organismos autónomos los requisitos a que se refiere el artículo 27, 3, de la LDP. La norma aplicable es la LSS, la cual no recoge la distinción, por lo que hay que concluir que carece de interés determinarla a efectos de esta clase de funcionarios.

El hecho de que carezca de importancia hallar un criterio de distinción entre ambos conceptos no significa que no la tenga el hecho de determinar el ámbito de los mismos en su conjunto. El concepto de «incapacidad permanente... en concordancia con las normas que sobre invalidez permanente se determinen» en el régimen general de la Seguridad Social tiene un contenido. «El concepto de inutilidad física y debilitación aplicable de facultades» también tiene un contenido. ¿Coinciden ambos contenidos? Ya hemos dicho que el concepto de incapacidad permanente no puede abarcar más que lo señalado en el artículo 132, 2, de la LSS. Ahora bien, el que proceda la jubilación en todos los supuestos a que se refiere el artículo 135 de la LSS, y en concreto en el de incapacidad permanente parcial, depende del contenido que se otorgue al concepto de «inutilidad física y debilitación apreciable de facultades», y más en particular a este último.

Debilitación de facultades hace referencia a una disminución de facultades. Esta disminución puede variar del 0 al 100 por 100 de las mismas. Pues bien, el EP no se fija en la mayor o menor entidad de la disminución, sino en la apreciability de la misma. Es decir, no se

atiende a un aspecto objetivo, sino a uno subjetivo. Conceptos tales como «apreciable» o «manifiesto» aluden a una manera de presentarse, no de ser; el que la debilitación de facultades sea o no apreciable depende más de las dotes de visión de quien la mira que de sí misma (24).

Por el contrario, la LSS, para determinar el grado de incapacidad, no se fija en la apreciabilidad, en su evidencia, sino en su gravedad. Así se deduce del concepto de incapacidad permanente parcial que antes hemos transcrito y de los demás conceptos de incapacidad que se recogen en el artículo 135, 3, de la LSS.

De modo que entre la LSS y el EP se observa un desajuste. Por ello, ¿cómo solucionarlo? Según el propio artículo 18, 2, del EP, en concordancia con las normas de Seguridad Social. Es decir, la LSS no ha de interpretarse con arreglo al EP, sino al contrario: el EP ha de interpretarse conforme a criterios de la LSS. Y el criterio de ésta es el de la gravedad. Por ello, «debilitación apreciable de facultades» ha de entenderse en el sentido de «debilitación grave de facultades», así que sólo se incluirá entre las causas de jubilación la incapacidad que impida al funcionario, al menos, la realización de las tareas fundamentales de su profesión. Es decir, que la incapacidad permanente parcial nunca sería causa de jubilación.

Esta tesis está avalada por otro argumento. Históricamente, siempre se ha conectado el concepto de jubilación con el derecho a percibir una pensión, como más atrás se ha visto. Actualmente, en el ámbito de los funcionarios del Estado no se concibe una jubilación por incapacidad de la que no derive el derecho a una pensión, siempre que se reúna el requisito de haber prestado servicios a la Administración durante un número de años, según se observa en la LDP y en la LFCE (25). Por lo mismo, esta idea hay que considerarla vigente en el campo de los funcionarios de Organismos autónomos. Ahora bien, la incapacidad parcial no origina tal pensión, sino una indemnización a tanto alzado (art. 136, 1, LSS), de lo que hay que concluir que esta clase de incapacidad no constituye un supuesto de debilitación apreciable de facultades.

La utilización del adjetivo «apreciable» podría hacer pensar en una

(24) Cfr. BOQUERA OLIVER: *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1984, p. 139.

(25) En efecto, el artículo 39, 4, de la LFCE, que con algún matiz ha sido seguido por el artículo 18, 3, del EP, muestra la intención del legislador de ligar los conceptos de jubilación y pensión al decir que «subsistirá la posibilidad de prórroga, en las condiciones y con los requisitos actualmente exigibles, al objeto de alcanzar el mínimo de servicios computables para causar haberes pasivos de jubilación».

facultad discrecional de la Administración para determinar si la debilitación de facultades es o no causa suficiente para la jubilación. Muy posiblemente éste era el pensamiento del legislador al regular la materia en relación con los funcionarios del Estado (26).

Sin embargo, con respecto a los funcionarios de los Organismos autónomos hay que rechazar tal interpretación. El concepto de «debilitación apreciable de facultades» es un concepto reglado y, por lo tanto, revisable ante los Tribunales, a pesar de que mantenga cierto carácter subjetivo (27).

Una mención especial hay que hacer a la motivación. La doctrina discute si ésta es un requisito formal o de fondo (28). Lo cierto es que se trata de un medio técnico de control de la causa del acto, lo que la transforma en un requisito de fondo (29).

El acto por el que se declara jubilado a una persona debe ser motivado. La situación estatutaria en la que se encuentra el funcionario como consecuencia de su relación funcional es causa de una suma de derechos y deberes, que cesarán cuando cese tal relación, es decir, cuando se dicte el acto administrativo de jubilación. Por ello, este supuesto encaja en el artículo 43, 1, de la LPA, según el cual «serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) los actos que limiten derechos subjetivos».

No es obstáculo para ello que se trate de un acto reglado, en el que sus elementos están ya determinados por el Ordenamiento jurídico, ya que el artículo 43, 1, no hace distinción alguna en función de la nota de discrecionalidad.

La motivación es obligatoria tanto si la jubilación se produce de oficio como si lo es a instancia del interesado. No puede alegarse que en este último caso el funcionario manifiesta la conformidad con los efectos del acto y que, por tanto, no se limita ningún derecho. Por el contrario, en los actos administrativos la resolución de un expediente se desliga del modo en que éste se inició. Así cabe deducirlo de lo

(26) De ahí que el artículo 17, de la LRJ, hable de facultades regladas y que el artículo 29, de la LDP, contra ponga la jubilación reglada, al remitirse al citado artículo de la LRJ, frente a la jubilación por incapacidad, acordada por el ministro, dando a entender que en este caso se ejercita una facultad discrecional.

(27) En un supuesto muy parecido, como es el del artículo 47, 1, a), de la LPA, nadie ha negado nunca a los Tribunales la posibilidad de determinar la nulidad de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente: en este caso, la incompetencia «manifiesta» es también un concepto con una fuerte carga subjetiva, pero ello no significa que el Tribunal no pueda entrar a conocer si la incompetencia es o no manifiesta, ya que sería absurdo dejar al arbitrio de la Administración decidir cuándo la incompetencia es o no manifiesta.

(28) ARCENEGUI: «Modalidades del acto administrativo», *RAP*, 84, 1977, p. 13.

(29) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 524.

dispuesto en el artículo 93, 1, de la LPA («la resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y “aquellas otras derivadas del expediente”»).

## VI. El fin del acto administrativo de jubilación

La Administración, al actuar, debe tener siempre presente el interés público. Por eso, el acto de jubilación tiene como fin primordial el evitar que sigan al aservicio de la Administración personas incapacitadas para ello. El interés del funcionario podrá coincidir en tal caso con el de la Administración, pero eso es indiferente, ya que el fin del acto no es el lograr la satisfacción de un interés particular. Por eso cabe declarar la jubilación aunque el funcionario se oponga a ella.

Además, el fin de interés público vincula a la Administración. En consecuencia, sería impugnabile mediante la alegación de desviación de poder el acto de jubilación por incapacidad cuando, mediante él, se pretendiese conseguir un fin distinto del previsto por el Ordenamiento (por ejemplo, librarse de un funcionario molesto, dejar libre un puesto para que sea ocupado por otro funcionario, etc.).

## VII. El procedimiento para declarar la jubilación por incapacidad

### 1. INICIACIÓN

El acto de jubilación no se produce de plano. Por el contrario, el EP exige la previa instrucción de expediente, que podrá iniciarse de oficio o a instancia del funcionario interesado.

Si se observa, la legitimación para iniciar el expediente es más limitada que la que se contempla en el artículo 67 de la LPA. Según éste, el procedimiento puede iniciarse de oficio o a instancia de cualquier parte interesada. Según aquél, no basta cualquier persona interesada, sino que tiene que ser únicamente el funcionario supuestamente incapaz. Con ello parece pretenderse evitar que terceros puedan alegar la incapacidad de un funcionario por motivos personales (por ejemplo, interés en ocupar su puesto, etc.).

Ya hemos notado cómo históricamente el legislador ha puesto el acento, equivocadamente, en quién iniciaba el procedimiento para distinguir entre una jubilación por incapacidad voluntaria y una

jubilación por incapacidad forzosa, y así se hace incluso en la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 1963. Así se explica el error en el que incurre el EP al decir en el artículo 16, 2, que la jubilación puede ser forzosa o voluntaria, y luego en el artículo 18 regular tres clases de jubilación: forzosa, por incapacidad y voluntaria, no atreviéndose dicho EP a decir expresamente que la jubilación por incapacidad es una jubilación forzosa.

Frente a los antecedentes históricos, hay que recalcar que la distinción entre los modos de iniciación del procedimiento, bien de oficio, bien a instancia de interesado, no debe tener trascendencia a la hora de declarar la jubilación, ya que en ambos casos el procedimiento ha de desarrollarse de oficio, siendo indiferente quién lo haya iniciado (art. 74, 1, de la LPA) y porque en caso de incapacidad del funcionario, el interés público obliga a declarar su jubilación, háyase iniciado el expediente de oficio o no, o incluso aunque el funcionario se niegue a su tramitación. Por eso, no deben ligarse a la forma de iniciación del procedimiento diferentes efectos según quién lo haya solicitado (30).

## 2. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

La Administración realizará los actos de instrucción que considere convenientes o los que puedan ser solicitados por el interesado. Importa destacar en este punto dos aspectos: el de la prueba y el de la audiencia al interesado. Pero antes hay que hacer mención al acto del INSS por el que se declara una incapacidad.

### 2.1 *La incidencia del procedimiento de Seguridad Social en el procedimiento administrativo de jubilación*

La incapacidad del funcionario es un hecho y como tal hecho debe ser demostrado. La LPA admite cualquier medio de prueba. Sin embargo, en esta materia el procedimiento administrativo de jubilación normalmente se limitará a recoger las actuaciones seguidas en otro procedimiento, el tramitado ante los órganos de la Seguridad Social para la declaración de una incapacidad.

En síntesis, el esquema de este último es el siguiente: el presunto incapacitado es dado de alta médica por la Inspección Médica, con un

(30) De ahí que carezcan de toda justificación preceptos como el artículo 44 del Reglamento de la Mutualidad de Enseñanza Primaria, según el cual la pensión de incapacidad de dicha Mutualidad sólo procede si el expediente de jubilación se inició de oficio.

informe-propuesta de invalidez permanente. Posteriormente se desarrolla un expediente ante el INSS que aparece actualmente regulado en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social, y en la Orden de 23 de noviembre de 1982, sobre procedimiento aplicable a la actuación de los Institutos Nacionales de la Seguridad Social y de los Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez. Según estas normas, la declaración de invalidez y la determinación del grado de incapacidad corresponde al director provincial del INSS por resolución motivada, a propuesta de una «comisión de evaluación de incapacidades», previo informe o dictamen médico preceptivo de la «unidad de valoración médica de incapacidades» constituida en la Dirección Provincial del INSALUD y, en su caso, previo informe del INSERSO (31).

Esta declaración del director provincial del INSS es una declaración de voluntad. Por ello, su naturaleza es completamente distinta del acto por el que la Dirección General de Clases Pasivas declara probada la inutilidad física de un funcionario del Estado a efectos de derechos pasivos (art. 19, 6, del RDP) y del acto por el que la Junta de aptitud informa favorablemente la existencia de una debilitación apreciable de facultades, ya que éstos son meras declaraciones de juicio.

A partir del esquema antes expuesto, ¿qué consecuencias pueden producir los actos que componen tal procedimiento?

2.1.1 *El informe-propuesta de invalidez permanente.*—Normalmente, salvo en los casos de accidente, a la incapacidad permanente precede un período de baja por incapacidad laboral transitoria y, en su caso, por invalidez provisional. Pues bien, cuando los servicios médicos competentes consideran, una vez curado el interesado, que existe una situación de incapacidad en esa persona, formulan un informe-propuesta de invalidez, que determina el alta médica en la situación de incapacidad laboral transitoria, y en virtud de la cual el interesado pasa a percibir sus prestaciones económicas directamente de la Seguridad Social, no por medio del empresario.

¿Es el informe-propuesta de invalidez permanente un medio de prueba suficiente para que la Administración pueda declarar la jubilación? Según el artículo 18, 2, del EP, la jubilación procede cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus

(31) ALMANSA, *op. cit.*, II, p. 73.

funciones. Pero también dice el artículo 36 del EP que «las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias», debiendo acreditarse, tanto inicialmente como cuando se solicite la prórroga, «la enfermedad y la no procedencia de la jubilación por inutilidad física». Para acreditar la enfermedad, bastará el parte médico de baja o de confirmación. En cambio, acreditar la no procedencia de la jubilación implica la prueba de algo negativo, que entrañaría, de llevarse a sus últimas consecuencias, una grandísima dificultad. Sin embargo, lo cierto es que, a los efectos que aquí tratamos, la existencia de un informe-propuesta de invalidez permanente es un medio indicativo de la concurrencia de una causa de incapacidad del funcionario, es un principio de prueba de la misma, que hay que considerar suficiente para que la Administración pueda declarar la jubilación del funcionario.

*2.1.2 La resolución del director provincial del INSS como medio de prueba.*—La resolución del INSS favorable a la incapacidad del funcionario es un medio de prueba de tal incapacidad al que es prácticamente imposible oponerse, desde el momento en que la jubilación por causa de incapacidad constituye actividad reglada y que la resolución del INSS supone una prueba preconstituida, ya que el artículo 135, 7, de la LSS establece una presunción legal de incapacidad. Ahora bien, lo anterior se refiere a la resolución firme. Cabe, sin embargo, interponer contra una resolución no firme los correspondientes recursos ante la jurisdicción laboral, con el fin de anular la misma cuando se estima que no se ajusta a Derecho. Tanto la Administración como el funcionario pueden no estar de acuerdo con la resolución.

Del artículo 9.º, 1, del Real Decreto 2609/1982 se deduce que la Administración (en la terminología de aquél, el empresario) no está legitimada para impugnar la resolución declaratoria de la incapacidad, ya que sólo se le permite hacerlo en lo relativo a la responsabilidad de las prestaciones.

En cambio, el funcionario sí está legitimado para impugnar la resolución. Entonces, los Tribunales pueden revocar el acuerdo del INSS por estimarlo no ajustado al Ordenamiento. ¿Significa esto que la Administración no podrá declarar la jubilación hasta que aquella resolución sea firme? No, ya que el artículo 9.º, 2, de dicho Real Decreto establece que las resoluciones de los directores provinciales del INSS serán inmediatamente ejecutadas, sin que se suspenda su ejecución por

la reclamación o formulación de la demanda. Nuevamente tenemos aquí un principio de prueba que habilita a la Administración para declarar la jubilación.

2.1.3 *La resolución del INSS denegando la incapacidad.*—Si el INSS resuelve expresamente que no se da la situación de incapacidad, la Administración no podrá declarar la jubilación del funcionario, aunque disponga de informes médicos ajenos al sistema de la Seguridad Social en los que se diga lo contrario, ya que así se deduce del artículo 18, 2, del EP («en concordancia con las normas que sobre invalidez permanente...»).

2.1.4 *La legitimación de la Administración para iniciar el procedimiento de declaración de incapacidad del funcionario ante el INSS.*—La Administración puede pretender la jubilación del funcionario y éste oponerse a ello. Así podrá ocurrir por ejemplo cuando éste estime que, de jubilarse por incapacidad, sufrirá una disminución de ingresos.

La Administración, según el artículo 18, 2, del EP, podría iniciar el expediente de jubilación. Pero ¿implica esto que está legitimada para solicitar del INSS la declaración de incapacidad? En principio, la respuesta es negativa. El artículo 7.º, c), de la Orden de 23 de noviembre de 1982 dice que la actuación de las Direcciones Provinciales del INSS se iniciará de oficio, a instancia del trabajador presunto beneficiario de las prestaciones o de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, así como las personas distintas del trabajador presuntas beneficiarias de las prestaciones económicas que puedan ser objeto del recargo, en los casos de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene. Este artículo restringe quizás excesivamente el concepto de interesado que aparece en el artículo 8.º del Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, en el que admite la legitimación de las empresas «en aquellos asuntos que les afecten directamente o puedan resultar afectadas por su resolución», pero lo cierto es que cierra a las empresas, y en este caso a la Administración, el camino para solicitar la declaración de incapacidad (32).

Frente a ello, el empresario sujeto al Estatuto de los Trabajadores tiene abierta la vía del artículo 52, a), del mismo para extinguir el contrato de trabajo («ineptitud del trabajador conocida con posteriori-

(32) No obstante, dice ALMANSA, *op. cit.*, II, p. 369, que, aunque no se consigna reglamentariamente, el procedimiento puede ser iniciado por el empresario con suficiente legitimación.



dad a su colocación efectiva en la empresa»). Esta vía, sin embargo, no es aplicable al funcionario en el supuesto que ahora tratamos.

¿Qué camino podría seguir entonces la Administración? En principio, el de acudir a la Inspección de Trabajo, para que ésta instara al INSS la iniciación del expediente de declaración de invalidez (artículo 7.º, a), de la Orden de 23 de noviembre de 1982), decidiendo aquélla libremente seguir o no adelante con el procedimiento; y siendo el INSS libre para admitir o no la comunicación que, en su caso, puede haber efectuado la Inspección de Trabajo (así se deduce del artículo 11, 5.º, de la Ley 39/1967, de 21 de julio, sobre Inspección de Trabajo).

¿Podría entenderse el artículo 18, 2, del EP en el sentido de que legitima a la Administración para iniciar el expediente de declaración de incapacidad ante el INSS? Cabría sostener que la Administración, en cuanto gestora de los intereses públicos, está legitimada para acudir al INSS a fin de obtener tal declaración de incapacidad cuando el funcionario carece de ella. Conforme a esto, el interés público, que se resentiría en caso de que la relación de servicio con el funcionario continuara, atribuiría una competencia para realizar tal solicitud.

Lo cierto, sin embargo, es que el artículo 7.º de la Orden de 1982 no incluye al empresario entre los legitimados para iniciar el expediente. Por ello, la cuestión estriba en si se puede considerar suficientemente protegido el interés público con la legitimación recogida en tal artículo, y la respuesta debe ser afirmativa, ya que éste debe ser tenido en cuenta por los legitimados a los que se refiere la letra a) de dicho artículo.

## 2.2 *La audiencia del interesado*

En principio, el funcionario debería ser oído en el expediente administrativo de jubilación. Lo que ocurre es que la declaración de jubilación se produce a consecuencia de la resolución del INSS, en cuyo procedimiento ya se habrá dado al interesado oportunidad para ser oído, con lo que sería de aplicación el artículo 91, 3, de la LPA, no teniendo en tal caso necesidad de reiterar dicha audiencia.

## 3. TERMINACIÓN.

La resolución de la Administración declarando la jubilación no precisa de unos requisitos especiales de forma. Sin embargo, podría plantearse si es necesario que recoja el acuerdo del INSS de declaración

de invalidez. En definitiva, incide aquí el tema de la motivación en su aspecto formal.

Distingue la doctrina entre una motivación contextual y una motivación *aliunde* (33). Aquélla se recoge en el mismo acto administrativo. Esta se realiza por medio de un escrito distinto del propio acto. A su vez, dentro de esta última se distingue entre la motivación efectuada por un acto creado exclusivamente con carácter accesorio en relación con el acto principal y la motivación efectuada por otro procedimiento con vida autónoma, en cuyo caso debe hacerse constar que la motivación se contiene en otro procedimiento. Este último supuesto lo encontramos en los casos en que la motivación se realiza mediante expresa referencia a los motivos de un acto precedente. En general, añade De la Vallina, la motivación *aliunde* es admisible en los casos en que la complejidad de los motivos hace oportuno el puro y simple reenvío a actos preparatorios en los que dichos motivos fueron analizados específicamente.

La motivación *aliunde* es perfectamente aplicable al acto de jubilación por la Administración en relación con la declaración de invalidez del INSS, ya que aquí, en el procedimiento administrativo de jubilación, incide un procedimiento seguido ante un ente distinto (el INSS) y que ha desembocado en una resolución que ha sido directamente notificada al interesado. En consecuencia, bastará que el acto de jubilación simplemente señale que se dicta en base a una resolución del INSS, indicando las circunstancias que individualizan a ésta y el contenido del acuerdo (por ejemplo, resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS de X de fecha X, por la que se declara a X en la situación de incapacidad permanente absoluta) (34):

No será preciso incorporar la motivación de la resolución del INSS ni los efectos en materia de pensión (por ejemplo, el reconocimiento de una pensión de X pesetas), ya que a efectos administrativos es indiferente la cuantía de la pensión, con lo que queda fuera del campo al que se refiere el artículo 93 de la LPA al señalar que la resolución resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas en el expediente: en el expediente lo que se plantea es si procede o no la jubilación, y, a estos efectos, el importe de la pensión que de ello se derive es indiferente.

(33) Cfr. DE LA VALLINA: *La motivación de los actos administrativos*, Madrid, 1967, p. 62.

(34) Según GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 524, no bastará para motivar el acto de jubilación invocar simplemente una razón de incapacidad física, sino que habrá que concretar qué incapacidad física en particular, cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente

### VIII. Efectos del acto administrativo de jubilación por incapacidad

La resolución administrativa pone término al expediente administrativo de jubilación por incapacidad. Aquella puede declarar la jubilación por incapacidad o declarar que no procede. Ahora bien, si declara la jubilación, ¿desde cuándo produce efectos? ¿Desde que existe la incapacidad, desde que el INSS dicta resolución o desde que se notifica el acto administrativo de jubilación?

En principio, una cosa es clara. A efectos de la Seguridad Social, la situación de incapacidad existe desde el momento en que señala el INSS. Normalmente, aquélla se retrotraerá a un momento anterior al de la declaración. Así cabe deducirlo del artículo 10, 2, de la Orden de 13 de octubre de 1967 (35), y así lo entiende la doctrina (36).

Pero, ¿y a efectos administrativos? Podrían ser defendidas varias soluciones. Una primera, la de considerar que la jubilación se produce en el mismo momento que señala la resolución del INSS. En favor de esta opinión se puede alegar el artículo 18, 2, del EP. En efecto, éste busca una concordancia entre el régimen de los funcionarios y el régimen de la Seguridad Social. Por ello, no sería lógico que, según aquél, la incapacidad ocurriera en un momento y, según éste, en otro. Nos encontraríamos, en caso contrario, en una situación de incongruencia entre las diversas ramas del Ordenamiento Jurídico. Una visión unitaria de éste, derivada de una interpretación sistemática del mismo, obligaría a elegir esta opinión.

Frente a ella está la que considera que la jubilación se producirá en el mismo momento en que se dicte el acto. A favor de esta tesis se encuentra el argumento de que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan (artículo 45, 1, de la LPA) y sólo excepcionalmente podrá otorgárseles eficacia retroactiva «cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas». La doctrina lo justifica diciendo que, si la Administración

---

la resolución. Lo que ocurre es que estos autores parecen estar pensando en la jubilación de los funcionarios del Estado. En cuanto a los funcionarios sometidos al régimen general de la Seguridad Social, tales requisitos son cumplidos por la resolución del INSS, que declara la incapacidad, por lo que no es necesario volver a incluirlos en la resolución de la Administración, bastando con que ésta se remita a aquélla, máxime cuando la resolución del INSS es directamente notificada por la entidad gestora al interesado.

(35) «Si la Comisión Técnica Calificadora —hoy director provincial del INSS— declarase la existencia de la invalidez permanente en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, la resolución de la Comisión deberá retrotraer sus efectos a la fecha del alta médica.»

(36) *Vid.*, por ejemplo, ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1981, p. 170.

tarda en reaccionar ante los acontecimientos, no es justo que los particulares tengan que soportar las consecuencias de ese retraso (37).

En el caso que estamos tratando, el supuesto de hecho existe, por hipótesis, en la fecha a que se retrotrae la eficacia del acto, y ésta no lesiona derechos o intereses legítimos de otras personas. Sin embargo, normalmente, la jubilación con efectos retroactivos no producirá efectos favorables al interesado. Por de pronto, de admitir esta opinión, el funcionario tendría que devolver todas las retribuciones económicas que ha percibido desde que existe la situación de incapacidad hasta que se dictó el acto.

Una de las clasificaciones que la doctrina hace de los actos administrativos es entre declarativos y constitutivos. Así, por ejemplo, dice Arcenegui (38): «Los actos pueden ser constitutivos o declarativos, según se trate de declaraciones de voluntad o de conocimiento, respectivamente, mediante los cuales la Administración crea, modifica y extingue relaciones o situaciones jurídicas subjetivas o, simplemente, acredita un hecho o una situación jurídica sin incidir sobre su contenido.»

Si se aceptan estas definiciones, es indudable que el acto de jubilación es un acto constitutivo, ya que se trata de una declaración de voluntad que extingue la relación funcional mediante la asunción de otro acto, procedente de un ente distinto, como es el INSS. En efecto, en principio, el acto del INSS sólo produce efectos entre dicho Organismo y el funcionario afectado, no entre éste o aquél y la Administración a la que ese funcionario presta sus servicios. Para que se produzca tal resultado, es necesario que la Administración asuma el acto del INSS, que lo haga suyo propio. Y esto se consigue a través del acto de voluntad en que consiste la declaración de jubilación. Es sólo a partir de entonces cuando el acto del INSS produce efectos con respecto a la Administración.

Lo anterior tiene importantes manifestaciones prácticas. Nos referiremos ahora a dos de ellas. Una primera consiste en que las pensiones de ciertas Mutualidades de funcionarios subordinan el reconocimiento del derecho no a la resolución del INSS, sino a la jubilación del funcionario por la Administración.

---

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 542 y 543. Estos autores añaden: «Parece claro que los principios de legalidad y el de seguridad jurídica impiden retrotraer los efectos del acto, retroacción que supone reconocer a la Administración un poder sobre el pasado que destruye la necesaria certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas.»

(38) ARCENEGUI: *op. cit.*, p. 11.

Y una segunda, de mayor importancia, es la relativa a los derechos económicos de los funcionarios. Se trata ésta de una cuestión de gran trascendencia práctica, ya que, durante cierto tiempo, sobre el funcionario pueden incidir dos tipos de percepciones económicas. Por un lado, las derivadas de la relación funcionarial. Por otro, las prestaciones de la Seguridad Social. Tal incidencia común tendrá lugar durante el periodo de incapacidad laboral transitoria, pero sobre todo nos interesa a partir de la propuesta de invalidez, ya que es a partir de entonces cuando la Administración puede considerar probada la existencia de una incapacidad permanente y, por ende, declarar la jubilación.

Las retribuciones de los funcionarios de los Organismos autónomos aparecen reguladas en el Real Decreto 1086/1977, de 13 de mayo, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, sobre retribuciones de funcionarios. Según el artículo 20, 3, del EP, «los funcionarios en situación de servicio activo tienen todos los derechos, prerrogativas, deberes y responsabilidades inherentes a su condición».

Según el artículo 5.º, 1, del Real Decreto 1086/1977, «las retribuciones básicas que se reconozcan a los funcionarios... se devengarán y harán efectivas por mensualidades completas y con referencia a la situación y derechos del funcionario el día primero del mes al que correspondan». Según el párrafo último, las retribuciones básicas «se liquidarán por días en el mes en que los funcionarios cesen en el servicio activo, salvo que sea por motivos de fallecimiento o jubilación».

Por tanto, el funcionario en servicio activo tiene derecho a las retribuciones básicas.

Y lo mismo cabe decir con respecto a las retribuciones complementarias. Sin embargo, aquí cabe introducir algún matiz. En efecto, según el artículo 36 del EP, durante las licencias por enfermedad a partir del tercer mes sólo se tiene derecho al sueldo, no a las retribuciones complementarias.

Frente a este caso, está la licencia por asuntos propios, durante la cual no se tiene derecho a retribución alguna (artículo 40 del EP).

El funcionario que ha sido declarado incapaz por el INSS o propuesto para invalidez puede o bien estar prestando sus servicios a la Administración, o bien no prestándolos. Si los está prestando, tendrá derecho a las percepciones económicas íntegras.

Pero, ¿y si no los está prestando? En principio, es indudable que tiene derecho a las retribuciones básicas, ya que la situación de este funcionario es más similar a la de enfermedad que a la de licencia por asuntos propios, por lo que habría una razón de analogía.

La cuestión es más dudosa con respecto a las retribuciones complementarias, ya que éstas tienen un cierto carácter de contraprestación de servicios. A pesar de ello, predomina la nota de desligamiento entre la obligación de prestar servicios y la obligación de retribuir, como se observa en el hecho de que las percepciones complementarias siguen devengándose durante tres meses en caso de licencia por enfermedad. Por ello, será aplicable el citado artículo 36 del EP, ya que el período a partir del alta con propuesta de invalidez puede asimilarse a la situación de enfermedad. En efecto, el artículo 36 del EP no habla de incapacidad laboral transitoria, sino de «enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas», con lo que el concepto de enfermedad se está utilizando en un sentido amplio, comprensivo de toda situación patológica que impida al funcionario el normal desempeño de sus funciones. La nota, pues, se pone en esto último, no en la enfermedad. Precisamente, para que exista incapacidad laboral transitoria, es necesario: *a)* una enfermedad; *b)* que se reciba asistencia sanitaria de la correspondiente entidad gestora; *c)* estar impedido para el trabajo (artículo 126, 1, de la LSS). Luego una persona enferma e impedida para el trabajo, pero que no requiera asistencia sanitaria, puede ser propuesto de invalidez y no estar en situación de incapacidad laboral transitoria. Tal supuesto quedaría, por tanto, cubierto por el artículo 36 del EP [que exige: *a)* una enfermedad; *b)* que impida el cumplimiento de las funciones; no aludiendo a la necesidad de asistencia sanitaria].

En consecuencia, el funcionario tendrá derecho a las retribuciones básicas hasta el momento de la jubilación (artículo 5.º, 4; del Real decreto de 13 de mayo de 1977), y a las complementarias hasta que transcurran tres meses a partir del comienzo de la licencia por enfermedad, independientemente de que ésta dé lugar a una incapacidad laboral transitoria o al alta médica con propuesta de invalidez.

Por otro lado, está el tema de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, con respecto a las cuales es aplicable el artículo 10, 2, de la Orden de 13 de octubre de 1967 (39). Prescindiendo de las

(39) Dice este párrafo, conforme a la redacción dada por la Orden de 21 de abril de 1972: «Cuando el derecho al subsidio por incapacidad laboral transitoria haya de extinguirse, conforme a lo previsto en el apartado *a)* del número anterior, si el facultativo que diese de alta médica al trabajador o, en su caso, la Inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social formulase informe-propuesta en el que se le

correspondientes a la incapacidad laboral transitoria, y ciñéndonos a las que corresponden a partir de la propuesta de invalidez, cabe señalar:

- Si el funcionario presta sus servicios a la Administración durante ese período, no tiene derecho a la prórroga de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria.

- Si no presta sus servicios, parece que el funcionario sigue teniendo derecho a las prestaciones por incapacidad laboral transitoria, ya que «no se ha reintegrado al trabajo». Pero es que así se produce la paradoja de que el funcionario tiene derecho a mayores percepciones si no trabaja que si trabaja, situación completamente ilógica e injusta, pero que es consecuencia de la relación estatutaria que liga al funcionario con la Administración. En efecto, si de una relación laboral se tratara, la obligación de trabajar y la obligación de retribuir el trabajo serían dos obligaciones sinalagmáticas, de modo que la falta de una originaría la inexistencia de la otra. Es cierto que existen muchos convenios en los que el empresario se compromete a pagar la diferencia entre lo que el trabajador percibiría de estar trabajando y lo que percibe como subsidio por incapacidad laboral transitoria, pero el importe de tal diferencia constituye una mejora voluntaria de las prestaciones que no tiene naturaleza salarial, sino que es una prestación complementaria de la Seguridad Social. En cambio, esto no ocurre con las retribuciones de los funcionarios, que no tienen tal carácter de mejora voluntaria, sino que derivan de la naturaleza jurídica de la relación funcional.

Es éste, pues, uno de los puntos que más necesitan de ese régimen especial previsto en el artículo 10, 2, f), de la LSS para los funcionarios de las entidades estatales autónomas. Así se observa si se compara lo antes dicho con lo señalado, respecto a los funcionarios del Estado, por los artículos 21, 2, b) y 24, de la LSSFCE: al señalar las prestaciones a que tiene derecho el funcionario del Estado durante la incapacidad transitoria para el servicio y la invalidez provisional, declara expresamente que la suma de las percepciones del funcionario durante la incapacidad no pueden exceder de las que tuviera antes de su incapacidad.

---

considerase afectado por una presunta invalidez permanente, no se producirá la indicada extinción, siempre que el trabajador no se reintegre antes al trabajo, hasta que recaiga una resolución definitiva de las Comisiones Técnicas Calificadoras. No obstante, si por la Comisión Técnica Calificadora se declarase la existencia de la invalidez permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, la resolución de la Comisión deberá retrotraer sus efectos a la fecha del alta médica; en tal caso, se deducirá de la pensión vitalicia lo percibido como subsidio por incapacidad laboral transitoria, estableciéndose la consiguiente compensación entre las entidades gestoras.»

En cambio, respecto a los funcionarios de los Organismos autónomos, no cabe la aplicación de tal precepto por analogía, ya que el artículo 10, 4, de la LSS establece que los regímenes especiales tenderán a la máxima homogeneidad con el régimen general.

En efecto, el artículo 10, 4, de la LSS, aplicable al régimen de funcionarios de Organismos autónomos [artículo 10, 2, f)], se refiere a la regulación de las distintas materias del régimen especial, «ateniéndose a las disposiciones del presente título y tendiendo a la máxima homogeneidad con el régimen general que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes» (40).

Por ello, si cada uno de los regímenes (el general y el especial de los funcionarios del Estado) tira del de los funcionarios de los Organismos autónomos, hay que concluir que lo hace con más fuerza el régimen general, por lo que no cabe aquí la analogía con el régimen especial de funcionarios del Estado, ya que éste hace, con relación a aquél, la función de ley especial frente a la general.

Así pues, al régimen de la Seguridad Social le es indiferente la relación especial entre el funcionario y la Administración. De ahí que el INSS deba pagar la pensión o subsidio, si procede, independientemente de que el funcionario del Organismo autónomo siga o no percibiendo su sueldo.

Lo hasta ahora dicho se refiere a la extensión del subsidio por incapacidad laboral transitoria a un período posterior a la fecha del alta médica. Pero, por otro lado, está la situación contraria, es decir, la extensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez a un período anterior a la fecha de su determinación por el INSS. En efecto, según el artículo 10, 2, de la Orden de 1967, antes transcrito, dicha pensión retrotrae sus efectos a la fecha del alta médica (41) (parece que tanto si se han prestado servicios como si no se han prestado). Nuevamente nos encontramos con la paradoja de que el funcionario obtiene mayores percepciones que si no hubiera estado en situación de incapacidad laboral transitoria o de alta con propuesta de invalidez, a lo que cabe hacer la misma crítica que antes se ha hecho.

---

(40) Dice DE LA VILLA que el régimen especial de funcionarios civiles y militares del Estado implica una situación injustificada, resultado de presiones de fundamento muy subjetivo; *vid. La Seguridad Social de los funcionarios de la Administración institucional*, Madrid, 1971, p. 132.

(41) Existen innumerables sentencias de la Sala Sexta del Tribunal Supremo en este sentido, siempre que concurren los requisitos reglamentarios: Así, por ejemplo, puede verse la sentencia de 10 de diciembre de 1979.



Bien está que el funcionario sea ayudado en estas circunstancias, pero de ahí a subvencionar las peticiones de jubilación por incapacidad va un paso muy largo.

Para terminar de estudiar los efectos del acto de jubilación hay que añadir que la doctrina considera tal acto como un acto de gravamen, ya que restringe la esfera jurídica de los particulares (42). No obstante, cabe observar en él ciertos aspectos favorables, derivados de la complejidad propia de la relación que une a la Administración y al funcionario. Así, entre los efectos favorables al jubilado está el cese de la obligación de residir en la localidad donde presta sus funciones, obligación que subsiste mientras se encuentre en servicio activo.

### IX. La vuelta a la situación de capacidad

Una vez declarado el funcionario incapaz y jubilado, puede ser declarado capaz por varias causas:

- Porque la resolución del INSS rechace el informe-propuesta de invalidez permanente.
- Porque el funcionario recurra ante los Tribunales contra la resolución del INSS que declara la incapacidad.
- Porque al someterse a los reconocimientos (obligatoria o voluntariamente) se declara que ha recuperado la capacidad (art. 145, 1, de la LSS).

Tanto en el primero como en el segundo caso falta el presupuesto de hecho que dio origen al acto de jubilación: faltando la causa, falta uno de los elementos del acto, por lo que éste sería anulable (43).

Ahora bien, como el acto de jubilación normalmente será firme, habría que utilizar la vía del recurso de revisión para impugnarlo. En efecto, según el artículo 127, 2, de la LPA, podrá interponerse este recurso contra actos firmes «cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente». El nuevo documento sería la resolución del INSS declarando que no hay incapacidad. En consecuencia, el plazo para interponer el recurso sería el de tres

(42) ARCENEGUI, *op. cit.*, p. 10.

(43) *Vid.* La crítica que GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ hacen al hecho de que este caso se considere como un supuesto de simple anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, en *op. cit.*, pp. 580 y 583.

meses a partir de la notificación de dicho acto (artículo 128, 2, de la LPA).

El acto anulatorio, en base al artículo 45, 3, de la LPA («podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados») produce efectos desde la fecha en que se dictó el acto anulado, lo que es importante, por ejemplo, a efectos del reconocimiento de antigüedad y de trienios, así como a efectos económicos. Sin embargo, con relación a esto último, se puede hacer la misma crítica que antes se ha hecho con respecto a la duplicidad de las percepciones.

En el tercer supuesto, es decir, cuando el funcionario declarado incapaz recupera la capacidad, nos encontramos ante una inexistencia sobrevenida de la causa de jubilación. En tal caso, una vez el INSS haya declarado la recuperación de la capacidad, la Administración deberá acordar la vuelta a la situación de actividad. A pesar de que la jubilación por incapacidad supone la extinción de la relación funcional, parece aplicable por analogía lo dispuesto con respecto a la extinción por pérdida de la nacionalidad española (artículo 17, 2, del EP). En efecto, cesando la causa que motivó la pérdida de la condición de funcionario, cabe solicitar la rehabilitación de la misma. Igual debe ocurrir con la jubilación por incapacidad, y éste es el criterio que, en relación con los funcionarios del Estado, sigue el artículo 28, 2, de la LDP. Sin embargo, y también por analogía con el artículo 17, 2 del EP («se podrá solicitar la rehabilitación»), ésta no se producirá de oficio, sino sólo a instancia del funcionario.

#### NOTA FINAL

Con posterioridad a la redacción de este trabajo han aparecido en el «Boletín Oficial del Estado» dos disposiciones de interés.

La primera de ellas es el Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, sobre atribución de competencias en materia de personal. Según el artículo 11 de este Real Decreto, «corresponde a los subsecretarios de los Ministerios, respecto a los funcionarios destinados en los Servicios centrales de los mismos y de sus Organismos autónomos y demás entidades dependientes de los mismos, y a los delegados del Gobierno y gobernadores civiles en relación con los funcionarios destinados en servicios periféricos de ámbito regional y provincial, respectivamente, las siguientes competencias: ... 3. Declarar las jubilaciones forzosas y por incapacidad física».

En segundo lugar, se han publicado los impresos oficiales de jubilación por invalidez permanente de los funcionarios sujetos al régimen general de la Seguridad Social. Del contenido de dicho impreso se deduce que únicamente cabe declarar la jubilación por incapacidad una vez haya resuelto el INSS, previa propuesta de la Comisión de Evaluación de Incapacidades, si bien el funcionario «deberá causar baja en el servicio activo del Cuerpo o Escala de procedencia con efectividad desde el día de la fecha señalada en la resolución del INSS», solución que, conforme a la argumentación desarrollada en este trabajo, consideramos incorrecta.



# **da** DOCUMENTACION

- Traducciones
- Documentos parlamentarios

