

LA IMPRECISION DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PUBLICO EN LA PREVISION SOCIAL ADMINISTRATIVA

Por JUAN A. SAGARDOY BENGOCHEA

Sumario: I. Delimitación.—II. El ejemplo ofrecido por la previsión social laboral.—III. El ámbito personal en la previsión social administrativa.—A) Disposiciones legales.—B) Jurisprudencia.—IV. Funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración pública.—A) La naturaleza del vínculo con la Administración.—B) El carácter público de la entidad.—V. Conclusión.

I. Delimitación

ESTA 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» (1). Hoy son muchas y muy autorizadas las voces que se levantan en pro de una

(1) Así, por ejemplo, PIERNAS HURTADO en su *Tratado de Hacienda pública*, según testimonio de JORDANA DE POZAS, el cual reacciona vigorosamente contra tal opinión; vid. *Tendencias modernas sobre el régimen de clases pasivas*, en «Estudios en homenaje de Jordana de Pozas», Madrid, 1961, I, p. 151. Sin embargo se sigue insistiendo en la necesaria humanización del sistema; cfr. GALA VALLEJO, C.: *Consideraciones acerca del órgano gestor en la seguridad social general de los funcionarios públicos del Estado*, en este mismo número.

reforma del Estatuto de funcionarios, y de un modo particular, por una reforma de la previsión social de los funcionarios públicos (2).

Se ha producido, de un tiempo a esta parte, una curiosa reversión de fenómenos: de ser los funcionarios los pioneros y heraldos de los distintos seguros sociales, han pasado a ser, respecto a los trabajadores por cuenta ajena, el «farol rojo del sistema, por lo que resulta de mayor crudeza el agravio por injusticia comparativa que el derivado de una injusticia absoluta» (3). En consecuencia, se llega a pedir una reforma en materia de la previsión social administrativa sobre una base semejante a la que posee la previsión social laboral (4).

Aún reconociendo que la reforma es fundamentalmente de *gestión* (5), un punto de vital importancia, del cual depende en buena parte la bondad del sistema protector (6), es la determinación del ámbito personal de la previsión social administrativa, entendiendo por tal los sujetos asegurados y los beneficiarios. Ese es el objeto de nuestros estudio, con las siguientes precisiones:

La Ley de Bases de los funcionarios civiles del Estado, de 20 de junio de 1963 (Ley 109/63), dispone que «se establecerá por ley el régimen de seguridad social de los funcionarios» (base X, 7). Con De la Villa entendemos que «cuando la Ley 109/63 preceptúa el futuro establecimiento de un régimen de seguridad social de los funcionarios, el precepto no puede ir más allá, en cuanto al contenido de su mandato, de lo que autoriza el propio contexto de la Ley, razón por la cual dicho régimen no ha de afectar sino a los funcionarios incluidos» (7).

(2) Citar aquí la bibliografía sobre el tema nos alargaría demasiado. Vid. GUAITA, A.: *Funcionario público*, en «Nueva Enc. Jur. Seix», Barcelona, 1960, X, pp. 508 y ss.

Respecto a la terminología preferimos usar—de *iure condito*—la de «previsión social» mejor que «seguridad social». Sobre tal asunto, vid. DE LA VILLA, L. E.: *La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado*, en «Rev. de Administración Pública» («RAP»), núm. 40, p. 123, y BORRAJO DÁCRUZ, E.: *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid, 1962.

(3) PÉREZ SERRANO, N.: *Proletarización del funcionario*, en «Estudios en honor de Gascón y Marín», Madrid, 1952, p. 185. Sobre la inactualidad del sistema, cfr. VIDA SORIA, J.: *Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas*, en este mismo número.

(4) JORDANA DE POZAS, L.: *Situación y necesaria reforma del Estatuto de funcionarios*, en «Estudios Gascón y Marín», cit., p. 94. En idéntico sentido, DE LA VILLA, en *Nuevo régimen de la seguridad social de los funcionarios civiles del Estado*. Comunicación presentada en la III Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa, Santander, septiembre de 1963; *La función pública*. Madrid, «BOE», 1963, p. 363.

(5) Vid. DE LA VILLA: *La previsión social mutualista...*, cit., p. 175.

(6) BIONDO: *La sicurezza sociale nel mondo*, Trento, 1954, p. 53.

(7) En *Nuevo régimen...*, cit., p. 368.

Por ello, nos concretamos a los funcionarios civiles del Estado, dejando fuera a:

- Los funcionarios militares, salvo los que estén al servicio de la Administración civil (8).
- Los funcionarios de la Administración local.
- Los funcionarios de los organismos autónomos, definidos en el artículo 82,1 de la Ley de Entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958.
- Todas aquellas personas unidas a la Administración por relación distinta de la de empleo público, como son la laboral, civil o mercantil.
- Y por último, sólo consideramos los sujetos asegurados y no los beneficiarios, por entender que una vez conseguido el concepto del asegurado, sobre él puede articularse con facilidad el de beneficiario. Además, en materia de beneficiarios, el sistema de la previsión social administrativa tiene poco que objetar, en líneas generales.

Se trata, por tanto y en definitiva, de indagar el concepto de funcionario civil del Estado a efecto de previsión social, desde el plano del Derecho constituido, dejando para un estudio posterior las directrices de una posible reforma de tal materia.

II. El ejemplo ofrecido por la Previsión Social Laboral

Aun sin hacer un estudio detallado de los sujetos asegurados por los seguros sociales en el campo laboral (9), resaltan las ventajas que en tal punto ofrece la clara y precisa noción de trabajador por cuenta ajena, según se desprende del artículo 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo, en concordancia con los artículos 2, 6, 7 y 8 de la misma Ley (10). Así, y con base en tal dato, puede articularse clara

(8) Disposición transitoria 4.ª Ley 109/1963, y respecto a los funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, la Orden de 24 de septiembre de 1963 crea una Comisión interministerial encargada de acomodar la Ley 109/1963 a los mismos.

(9) A tal efecto es muy útil la consulta de ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de seguridad social*, Madrid, 1959 (y apéndice, Madrid, 1963), así como la obra de BORRAJO DACRUZ: *Estudios jurídicos...*, cit.

(10) Los únicos supuestos que enturbian la cuestión vienen montados sobre la discutida nota de la «dependencia», asunto estudiado con detalle por el profesor BAYÓN CHACÓN, G.: *El concepto de dependencia en el Derecho del trabajo*, en «Rev. de Der. Priv.», junio de 1962.

y fácilmente el ámbito personal de los distintos seguros sociales, sin más excepciones que las que el concreto seguro requiera (11).

Por otra parte, cuando se han querido extender los beneficios de la previsión social a personas que, aun *trabajando*, no son jurídicamente trabajadores por cuenta ajena, se han dictado disposiciones expresas en tal sentido, con lo cual se gana en claridad (12).

III. El ámbito personal en la Previsión Social administrativa

Ante la variedad de definiciones que de funcionario público existe, puede asegurarse que hoy no se da en nuestro ordenamiento jurídico un concepto claro y preciso de funcionario público (13). Examinemos separadamente la legislación y la jurisprudencia.

A) DISPOSICIONES LEGALES

Dejando aparte los «conceptos» que de funcionario público se contienen en distintas normas, a efectos generales (14), nos inte-

(11) Así, por ejemplo, en materia de accidentes sólo se añade el requisito de trabajar fuera del domicilio (art. 3.º del Decreto de 22 de junio de 1956, con la excepción del párrafo 2.º); los seguros sociales unificados incluyen sin más a los «trabajadores españoles por cuenta ajena» (art. 1.º del Decreto de 4 de junio de 1959), con un límite de ingresos económicos, aunque la tendencia en este punto sea ampliatoria; vid. art. 3.º del Decreto de 17 de enero de 1963. En otros seguros, como en el de desempleo, se remiten a los incluidos en los seguros sociales unificados (art. 4.º de la Ley de 22 de junio de 1961), etc. La única fisura del sistema está en el Mutualismo laboral (vid. Reglamento aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954, art. 8.º *in fine*).

(12) Así, por ejemplo, el Decreto de 23 de junio de 1960, por el que se aplican los beneficios del Mutualismo laboral a los trabajadores independientes.

(13) El mismo Consejo de Estado afirma, sin empacho alguno, que «el concepto de funcionario o empleado público es uno de los más imprecisos del Derecho administrativo, siendo múltiples y en ocasiones divergentes los criterios doctrinales, y vagos y no definidores los textos normativos de nuestro Derecho». Orden de 25 de mayo de 1949, resolviendo un recurso de agravios.

(14) Sólo por citar las más conocidas, tenemos las otorgadas por la Ley electoral de 8 de agosto de 1907, art. 77; definición parcial y muy concreta en la que sólo cabe destacar el requisito del «nombramiento». El Código Penal, artículo 119 del texto revisado de 1963, aprobado por Decreto de 28 de marzo de 1963, no da quizá la más acertada definición por la amplitud de sus términos. La Ley de Entidades estatales autónomas, aprobada el 26 de diciembre de 1958, define en su art. 82, 1, a los funcionarios de los organismos autónomos con criterio rígido y detallista, lo cual puede conducir a situaciones un tanto insostenibles. Asimismo, la Ley de Régimen local de 1955, art. 31, y el Reglamento de Funcionarios de la Administración local de 1952.

resa examinar aquí los sujetos asegurados en los distintos sistemas de la previsión social administrativa:

Del *Estatuto de Clases Pasivas* de 1926 se desprende que es funcionario público y, por tanto, está asegurado, el que sirve activa y efectivamente al Estado en destino dotado con sueldo que figure detallado en los presupuestos generales con cargo al personal, entendiéndose por ingreso en el servicio el acto de posesión (art. 4.º).

El requisito de prestar servicio activo y efectivo al Estado es necesario pero no suficiente, ya que existen personas que aun sirviendo de tal modo no son funcionarios, integrando lo que, en términos amplios, se denomina «personal no funcionario». Y respecto a la exigencia del sueldo, se trata en realidad de un criterio delimitador muy empírico, dejando aparte las razones que autorizan a recusar tal procedimiento (15). Queda, por último, un islote del Estatuto de muy dudosa justificación, cual es el que la mujer funcionario no genere pensión de viudedad (art. 89) (16).

La Ley de *Ayuda familiar*, de 15 de julio de 1954, restringe su ámbito personal de aplicación a los funcionarios públicos civiles entendiéndose por tales a los que «sirvan empleos o formen parte de los cuerpos o plantillas cuyos sueldos figuren en el capítulo I, artículo 1.º de los presupuestos generales del mismo» (art. 2.º), y que se hallen en situación de actividad (17). Esta definición nada nuevo nos dice, pues en última instancia lo importante es el encontrar los criterios utilizados para encuadrar a determinadas personas en el capítulo I, artículo 1.º de los presupuestos; y la verdad es que no hay un criterio uniforme.

Con bastante lógica jurídica, la Orden de 30 de septiembre de 1954 excluyó a los funcionarios interinos de las prestaciones de ayuda familiar, pero posteriormente figuran incluidos (Ordenes de 31 de enero de 1961 y 14 de febrero de 1961), lo cual contradice un tanto a la definición de funcionario que da la Ley de 1954, según hemos transcrito.

(15) Vid. CARRASCO BELINCHÓN, J.: *El régimen de seguridad social de los empleados y obreros al servicio del Estado*, en «Estudios Jordana de Pozas», cit., III, 3.º, p. 373.

(16) Una crítica del sistema actual respecto a la pérdida de la pensión por la mujer del funcionario, vid. TREVIJANO FOS, J. A.: *Un supuesto de injusticia en la legislación de clases pasivas: la separación matrimonial*, en «RAP», núm. 25, pp. 181 y ss.

(17) Vid. ALONSO OLEA, M.: *La Ley de 15 de julio de 1954, por la que se establece la ayuda familiar para los funcionarios públicos civiles*, en «RAP», número 14, pp. 219 y ss.

Finalmente, y en lo que se refiere al *Mutualismo*, la confusión es magna, ya que, aparte de existir mutualidades respecto de las cuales su consideración como mutualidades de funcionarios públicos resulta discutible (18), cada una de las muchas mutualidades existentes determina su ámbito personal de modo *enumerativo*, sin atender a un criterio general y unitario (19). Lo mismo, pero en mayor escala, ocurre en las mutualidades de los organismos autónomos.

B) JURISPRUDENCIA

En este campo las decisiones de los jueces es de un notable ca-suismo, por lo que sólo haremos mención de las directrices generales.

Al existir muy variadas nociones de funcionario público, la jurisprudencia es de un vaivén considerable y lógico, por otra parte, según sea la norma legal que trate de aplicar en el caso concreto. En general da un concepto restringido de funcionario, aunque en ocasiones utiliza criterios tan amplios, que se desnaturaliza el concepto.

La restricción se articula casi unánimemente en cuatro requisitos:

- Ejercicio de funciones públicas, lo cual viene a significar, indistintamente, inserción en los cuadros de la Administración pública.
- Nombramiento (20).
- Inclusión en plantilla y
- Percepción de un sueldo con cargo al presupuesto (21).

(18) Puede consultarse al respecto, DE LA VILLA: *La previsión social mutualista...*, cit., p. 141; además, CARRASCO BELINCHÓN: *Inexistencia de una normativa general en el sistema de previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado*, en este mismo número.

(19) Un estudio prácticamente exhaustivo, en ALONSO OLEA-SERRANO GUIRADO: *La seguridad social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957, pp. 193-311.

(20) Respecto al funcionario de hecho: «aquel que aunque no sea legalmente funcionario está, sin embargo, en posesión y ejercicio de un cargo» (MARTÍNEZ USEROS: *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en «Estudios Gascón y Marín», cit., p. 100), es bastante discutible su concepción como funcionario, al menos a efectos de previsión social. Distinta figura es la del usurpador de funciones públicas, al cual sí que se le niega, sin duda alguna, su condición de funcionario. Vid. GASCÓN Y MARÍN: *Funcionarios de hecho*, en «Enc. Seix», cit., X, p. 511.

Respecto al particular que ocasionalmente desempeña una función pública, está claro que no por eso es funcionario, aunque a veces tenga efectos pasivos; vid. Ley de 31 de diciembre de 1945, que concede una pensión igual al sueldo de un guardia civil a los beneficiarios de los particulares muertos por colaborar con la fuerza pública en la captura de delincuentes.

(21) Vid., por ejemplo, sentencias de 18 de abril de 1951, 30 de octubre de 1951, 9 de abril de 1951, etc.

A veces, sin embargo, hace caso omiso de tales notas, conceptuando como funcionario a quien no las posee (22); en otras se contradice (23) y, finalmente, califica como funcionarios con gran amplitud a personas que muy dudosamente lo son, como, por ejemplo, el obispo (s. 19 de mayo de 1890), párroco (s. 13 de junio de 1890), médicos de la asistencia pública domiciliaria (O. 30 de noviembre de 1948), etc. (24).

En realidad, es justo afirmar, como hace Guaita (25), que las contradicciones en el catálogo jurisprudencial sobre la materia se deben, a una parte, a que en ciertos casos se ha modificado la legislación aplicable; de otra, a evoluciones de la propia jurisprudencia, y de otra, a efectivas contradicciones.

Lo que sí resalta es que la jurisprudencia, en gran parte por el fallo legal, no maneja un concepto claro y unívoco de funcionario público, ni con carácter general ni con referencia al sistema de la previsión social del mismo.

IV. Funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración pública

Fundamentalmente la dificultad de saber quién es y quién no es funcionario público radica en dos datos: el primero, la naturaleza de la relación entre el que presta su actividad y la Administración; el segundo, el desarrollo de actividades económicas e industriales por

(22) Así, por ejemplo, es funcionario el empleado temporero de las oficinas municipales, aunque no figure en plantilla ni cobre por nómina. Sentencias de 7 de enero de 1952 y 8 de octubre de 1953.

(23) Así se declaran funcionarios los secretarios de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (sentencia de 3 de mayo de 1952), mientras otras sentencias lo niegan (14 de abril de 1949); personal del Instituto Nacional de Previsión (sentencia de 12 de diciembre de 1952), y en contra sentencias de 13 de octubre y 17 de octubre de 1954. Respecto al asunto, una interesante sentencia de 10 de noviembre de 1960 califica la relación que une al INP y a sus *funcionarios* como relación laboral, en atención a las normas vigentes (Orden de 30 de diciembre de 1947, Decreto de 14 de junio de 1957 y Orden de 24 de enero de 1958), si bien tal calificación es transitoria hasta tanto se dicte el Estatuto especial de dichos funcionarios; por tanto, se desprende de la sentencia la paradójica conclusión de que los «funcionarios» del INP son trabajadores del mismo mientras no se publique su Estatuto.

(24) Respecto a los guardas jurados y, en general, agentes de la autoridad, la jurisprudencia es oscilante. Vid. sobre el tema, DE LA VILLA: *Las actividades de guardería ante el Derecho del Trabajo*, en «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», V, núm. 12, 1961, en especial pp. 612-621.

(25) *Funcionario...*, cit., p. 503, nota 20.

parte del Estado, con la creación de entidades de un, a veces, dudoso carácter público.

A) LA NATURALEZA DEL VÍNCULO DE LA ADMINISTRACIÓN

No toda persona que sirve a la Administración es funcionario público. Como afirma el Tribunal Supremo, el mero hecho de trabajar al servicio de una persona jurídica de derecho público no prejuzga en absoluto sobre el carácter de la relación jurídica que les une (s. 10 de noviembre de 1960). Puede tratarse de una relación de empleo o función pública (26), de una relación civil o mercantil o, lo que es más frecuente, de una relación de trabajo. Que el Estado pueda tener trabajadores no cabe duda, a la vista de las disposiciones legislativas (27). Ocurre, sin embargo, que los límites entre funcionario y trabajador al servicio de la Administración son harto imprecisos (28).

El criterio del carácter intelectual o manual del servicio es hoy día inoperante y retrógrado (29). De la Ley de 26 de diciembre de 1958 (y de sus disposiciones complementarias) sobre inclusión del personal no funcionario en los seguros sociales se deduce que son trabajadores al servicio de la Administración:

- El personal fijo, interino o eventual, que tenga establecido un vínculo laboral con la Administración.
- Que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos correspondientes y

(26) Vid. el interesante ensayo de SERRA PIÑAR, A.: *Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración*, en «Estudios Gascón y Marín», cit., pp. 187 y ss.

(27) Art. 5.º de la Ley de Contrato de Trabajo. Ley 109/1963, base I, 5. Ley de Entidades Estatales Autónomas, art. 79, d), etc.

(28) Dejamos aparte la debatida cuestión de la posible entrada de los funcionarios en el Derecho del Trabajo, entendiéndose éste en sentido amplio. Pueden consultarse: BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963; ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960; DE LA VILLA: *Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración pública*, en «DA», núm. 54, y el libro de próxima publicación de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: *El personal de la Administración*.

Para las diferencias entre trabajador y funcionario, BLANCO, J. E.: *La so-brevenida inferioridad del funcionario público en el ámbito de la Previsión social*, en este mismo número.

(29) Vid. el magnífico trabajo del profesor PÉREZ BOTIJA, E.: *El problema de los no funcionarios en las entidades públicas*, en «Estudios Gascón y Marín», cit., pp. 139 y ss., aunque afirma con un criterio realista que la «índole del trabajo puede servir en cierto modo para facilitar determinadas exclusiones», p. 143.

- Que no esté comprendido en el Estatuto de Clases Pasivas (artículo 1.º, Decreto de 17 de marzo de 1959).

Con ello se afirma, aunque resulte paradójico, que es trabajador el que no sea funcionario, ya que sólo a éste se le incluye en el Estatuto de clases pasivas, con lo cual estamos en un círculo cerrado, por no existir un concepto claro de funcionario en el mismo Estatuto (30). Un tanto confuso resulta asimismo lo prescrito en la Orden de 31 de diciembre de 1959, artículo 1.º, c), al excluir a los trabajadores que presten un servicio determinado (cuando, como vimos, se incluye a los eventuales), si de diversas circunstancias se deduce que su vínculo con la Administración no es laboral. Al incluir a los trabajadores, quizá bastaba atenerse al concepto que de los mismos da la Ley de Contrato de Trabajo.

Existen, por otra parte, personas de muy dudosa calificación, como es el caso de los camineros del Estado, los cuales hasta el Decreto de 13 de junio de 1961 han sido una de las «víctimas» del confusio-nismo imperante, ya que, como el preámbulo del Decreto reconoce, en realidad ni eran funcionarios ni trabajadores (31).

En definitiva, estamos con Alonso Olea cuando afirma que *hoy* la diferencia entre trabajador y funcionario no es sustancial, sino completamente arbitraria y de *lege data* (32).

B) EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA ENTIDAD

Si para ser funcionario es esencial prestar la actividad a una persona jurídica de derecho público, el confusio-nismo aumenta por el ejercicio de actividades industriales que el Estado, cada día más, lleva a cabo, creando entidades respecto de las cuales es muy difícil predicar su carácter de *públicas*. Se trata de delimitar las corpora-

(30) Vid. CARRASCO BELINCHÓN: *El régimen de seguridad...*, cit., p. 374. En lo que se refiere al personal no funcionario que esté al servicio de los mismos organismos, vid. Orden de 28 de marzo de 1962, art. 4.º

(31) Usando una extraña simbiosis, dispone el Reglamento que los camineros son «trabajadores fijos al servicio del Estado», aunque su relación jurídica con la Administración será de carácter estrictamente administrativo (art. 2.º). Son, pues, valga la expresión, «trabajadores-funcionarios».

(32) Cfr. *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959, pp. 4-51. Según PÉREZ BOTIJA, aunque en principio los que desempeñan empleos en entidades públicas son funcionarios públicos, a veces se les niega tal cualidad por la índole del trabajo, el carácter de la entidad a la que corresponde el empleo o por razones de oportunismo administrativo y político social, en *El problema...*, cit., pp. 139 y siguientes.

ciones e instituciones públicas, sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local, a las cuales la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa califica como Administración pública (art. 1.º).

Aunque por razones de espacio y de sistemática trataremos el asunto más detenidamente en un artículo posterior, parece claro que todos los que, reuniendo los caracteres emunerados en el artículo 82,1 de la Ley de Entidades estatales autónomas, sirvan en alguna de las clasificadas por el Decreto de 14 de junio de 1962, son, sin duda, funcionarios públicos, aunque de organismos autónomos y, por tanto, excluidos del régimen general.

El problema está y la confusión surge respecto a las empresas que, sin ser organismos autónomos, dependen de algún modo de éstos, del Estado o de alguna entidad local. El suponer que sólo son funcionarios públicos, del personal de tales empresas (mixtas, de gestión interesada, etc.), el de dirección estatal, y cuando se trate de empresas mixtas, el de control estatal, es sólo una opinión doctrinal, aunque valiosa (33).

V. Conclusión

Para determinar los sujetos asegurados por la previsión administrativa de los funcionarios civiles del Estado, afectados por la Ley 109/63, es fundamental un concepto claro de los mismos, lo cual hoy no existe ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina sobre la materia.

(33) GARCÍA OVIEDO: *Los servidores del Estado en la empresa pública industrial*, en «Estudios Gascón y Marín», cit., p. 405. De modo general vid. VILLAR PALASÍ: *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en «RAP», diciembre de 1950.