

# *Sistema de Derecho de la Protección Social*

Vicente-Antonio Martínez Abascal  
José Bernardo Herrero Martín



Vicente-Antonio Martínez Abascal  
*Catedrático y Profesor Emérito de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Rovira i Virgili*

José Bernardo Herrero Martín  
*Inspector de Trabajo y Seguridad Social  
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Rovira i Virgili*

# Sistema de Derecho de la Protección Social

Vicente-Antonio Martínez Abascal  
José Bernardo Herrero Martín



Tarragona, 2016

Edita:  
Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili  
Av. Catalunya, 35 - 43002 Tarragona  
Tel. 977 558 474 · publicacions@urv.cat  
www.publicacions.urv.cat

1.<sup>a</sup> edició: diciembre de 2014  
2.<sup>a</sup> edició, revisada y actualizada: junio de 2015  
3.<sup>a</sup> edició, revisada y actualizada: junio de 2016  
ISBN (papel): 978-84-8424-521-6  
ISBN (digital): 978-84-8424-525-4  
Depósito legal: T 61-2017

Esta obra está bajo una licencia Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Unported de Creative Commons. Para ver una copia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/> o envíe una carta a Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

© Esta editorial es miembro de la Xarxa Vives y de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

La sumisión de la economía a las fuerzas del mercado no reguladas significa la abdicación, por parte del gobierno y la sociedad que lo sostiene, de la responsabilidad de decidir sobre lo que es necesario hacer por el bien común y la realización de la justicia social... Una economía socialista no estaría dirigida por tal fetichismo del mercado.

Ralph Miliband. *Socialismo para una época de escepticismo*. Editorial Sistema, 1994.



## TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO .....	9
ABREVIATURAS .....	11
PARTE PRIMERA. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	19
Capítulo 1. Concepto y formación histórica del Derecho de la Protección Social .....	21
Capítulo 2. Fuentes del Derecho de la Protección Social .....	47
PARTE SEGUNDA. PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA .....	89
Capítulo 3. Sistema de la Seguridad Social: estructura, campo de aplicación y relaciones jurídicas ..	91
Capítulo 4. Sistema de la Seguridad Social: gestión y financiación. ....	119
Capítulo 5. Sistema de la Seguridad Social: acción protectora .....	143
Capítulo 6. Régimen general del sistema de la Seguridad Social: campo de aplicación y actos de encuadramiento. ....	175
Capítulo 7. Régimen general del sistema de la seguridad social: cotización y recaudación .....	197
Capítulo 8. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (i): protección de la salud e incapacidad temporal .....	223
Capítulo 9. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (ii): maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, lactancia natural y cuidado de menores por enfermedad grave .....	251
Capítulo 10. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (iii): incapacidad permanente .....	275
Capítulo 11. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (iv): jubilación .....	299
Capítulo 12. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (v): muerte, supervivencia y prestaciones familiares .....	327
Capítulo 13. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (vi): desempleo .....	357
Capítulo 14. Acción protectora asistencial del sistema de la Seguridad Social: caracterización y prestaciones complementarias. ....	381
Capítulo 15. Acción protectora asistencial del sistema de la seguridad social: prestaciones subsidiarias .....	399
Capítulo 16. Regímenes especiales del sistema de la seguridad social: trabajadores y estudiantes ..	427
Capítulo 17. Regímenes especiales del sistema de la seguridad social: funcionarios. ....	459
Capítulo 18. Sistemas especiales de los regímenes de la seguridad social. ....	487
Capítulo 19. Sistema para la autonomía y atención a la dependencia. ....	509
PARTE TERCERA. PROTECCIÓN SOCIAL PRIVADA .....	529
Capítulo 20. Protección social privada: caracterización y modalidades .....	531





## PRÓLOGO

Desde que las anteriores ediciones del Sistema del Derecho del Trabajo y del Sistema del Derecho de la Protección Social se cerraran, la tarea legislativa llevada a cabo en esos ámbitos del ordenamiento sociolaboral ha sido sin duda de menor volumen. Dos razones principales explican esa mayor atonía normativa. De un lado, el hecho de que la mayor parte de la profusa e intensa desregulación de coyuntura experimentada por ese ordenamiento al calor de la crisis económica iniciada en 2008 se realizó, por la norma estatal, en el trienio 2010-2012, si bien habrá que aguardar cierto tiempo para valorar si esa actuación coyuntural se consolida de forma más permanente, lo que, desde luego, acentuaría la honda preocupación que ello suscita desde la esencial perspectiva del acceso al empleo y de su desempeño en condiciones de estabilidad y dignidad. De otro, habida cuenta del largo período transcurrido para la formación de un nuevo gobierno central y la consiguiente constitución de las cámaras legislativas, de forma que éstas no han podido alcanzar el nivel ordinario de producción hasta que ese lapso de tiempo ha transcurrido.

A la luz de esas dos circunstancias, se comprende sin esfuerzo que las normas aprobadas en este sector del ordenamiento durante el período entre ediciones hayan discurrido, en términos generales, por un terreno más técnico que propiamente innovador. Así ha sucedido con la aprobación de importantes textos refundidos, ceñidos a la formulación de un texto único en el que se integran debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, las disposiciones legales objeto de refundición, conforme preceptúa el artículo 82.5 de la Constitución y, en su cumplimiento, las correspondientes leyes delegantes. Se trata de los textos refundidos del Estatuto de los Trabajadores (RDleg. 2/2015, de 23 de octubre), de la Ley de Empleo (RDleg. 3/2015, de 23 de octubre) y de la Ley General de la Seguridad Social (RDleg. 8/2015, de 30 de octubre). La necesidad de la refundición llevada a cabo resulta incuestionable, habida cuenta de la proliferación de normas laborales y de protección social que han desarrollado o incidido en las normas o en los textos en su momento refundidos. Más allá del grado de acierto en la refundición efectuada, ésta refuerza de modo directo el principio de seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas y, por tanto, reduce el nivel de desgaste y conflictividad que éstas experimentan ante regulaciones confusas, deficientes o contradictorias. En este orden de cosas y aunque con un menor bagaje normativo a fusionar, el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (RDleg. 5/2015, de 30 de octubre), ha de considerarse también como un aporte significativo en la tarea refundidora con incidencia en la materia laboral y, más en concreto, en el Derecho Colectivo del Trabajo.

Así también, y con escasa novedad sustantiva, se han tramitado y aprobado en sede parlamentaria leyes que en su mayor parte han venido a incorporar el contenido de precedentes Reales Decretos leyes sobre las materias reguladas. Este es el caso de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (derivada del RDL1/2015, de 27 de febrero) o de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, reguladora del Sistema Profesional para el empleo en el ámbito laboral (que proviene del RDL 4/2015, de 22 de marzo).

Cualquiera que haya sido la técnica normativa empleada, de todas esas normas y de algunas otras relevantes para la adecuada comprensión de la materia (como sucede, a título de ejemplo, con la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección del Trabajo y Seguridad Social o con la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016), se da cuenta en los correspondientes capítulos de estas nuevas ediciones, actualizando al tiempo la doctrina judicial y la jurisprudencia de mayor significación en las materias objeto de las mismas. Permanecen invariables, sin embargo, la estructura, el método y la finalidad de las obras, así como distribución y coordinación del trabajo entre los autores.

Vicente-Antonio Martínez Abascal.  
José Bernardo Herrero Martín.

Tarragona, 30 de julio de 2016.

## ABREVIATURAS

AGE	Administración General del Estado.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AL	Actualidad Laboral.
Art.	Artículo.
AS	Aranzadi Social.
AT	Accidente de Trabajo.
CA	Comunidad Autónoma.
CAISS	Centro de atención e información de la Seguridad Social.
CB	Comunidad de Bienes.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7-12-2000, adoptada en Estrasburgo el 12-12-2007.
CE	Constitución Española de 1978.
CESE	Comité Económico y Social de la Unión Europea.
CNAE 93	Código Nacional de Actividades Económica del año 1993.
CNI	Centro Nacional de Inteligencia.
CNT	Confederación Nacional del Trabajo.
CODESS	Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964 (ratificado por España el 4-2-1994).
COE	Consejo de Europa.
CONESS	Convenio Europeo de Seguridad Social, de 14-12-1972 (ratificado por España el 10-1-1986).
CP	Código Penal.
CSE	Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (ratificada por España el 6-5-1980).
D.	Decreto.
Disp. Adic.	Disposición Adicional.
Disp. Final	Disposición Final.
Disp. Trans.	Disposición Transitoria.

DGOSS	Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.
DNI	Documento Nacional de Identidad.
DREEH	Decreto 2.346/1969, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Régimen Especial de Empleados del Hogar.
DREMC	Decreto 298/1973, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Régimen Especial de la Minería del Carbón.
DRETA	Decreto 2.530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de seguridad Social de Trabajadores Autónomos.
EA	Estatuto de Autonomía.
Ed.	Editorial.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EM	Exposición de Motivos.
EP	Enfermedad Profesional.
EPA	Encuesta de la Población Activa.
ERE	Expediente de regulación de empleo.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
ETT	Empresa de Trabajo Temporal.
FFAA	Fuerzas Armadas.
FGS	Fondo de Garantía Salarial.
FONAS	Fondo Nacional de Asistencia Social. Ley 45/1960, de 21 de julio.
FP	Formación Profesional.
IL	Información laboral.
INGESA	Instituto de Gestión Sanitaria.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
INP	Instituto Nacional de Previsión.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
INSERSO	Instituto de Servicios Sociales.
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social.
IP	Incapacidad Permanente.
IPC	Índice de precios al consumo.
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas.
ISM	Instituto Social de la Marina.
IT	Incapacidad Temporal.
ITSS	Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.
LAAMSS	Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Ley 27/2011, de 1 de agosto.
LAPAD	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre.
LBSS	Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

LC	Ley de Cooperativas. Ley 27/1999, de 16 de julio.
LCCSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
LCRSS	Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Ley 24/1997, de 15 de julio.
LCS	Ley Contrato de Seguro. Ley 50/1980, de 8 de octubre.
LECREM	Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
LEGEDIS	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.
LMELIC	Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas.
LEPTAMUES	Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.
LESOREPE	Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social
LETA	Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. Ley 20/2007, de 11 de julio.
LETRANS	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal. Ley 14/1994, de 1 de junio.
LGS	Ley General de Sanidad. Ley 14/1986, de 25 de abril.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social. Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
LGSS/74	Ley General de la Seguridad Social de 1974. Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo.
LIRPF	Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Ley 35/2006, de 27 de noviembre.
LISM	Ley de Integración Social de Minusválidos. Ley 13/1982, de 7 de abril.
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
LJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Ley 36/2011, de 10 de octubre.
LLEIFSS	Ley de lucha contra el empleo irregular y fraude contra la Seguridad Social. Ley 13/2012, de 26 de diciembre.
LMSS	Ley de medidas en materia de Seguridad Social. Ley 40/2007, de 7 de diciembre.
LOEAPV	Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco.
LOEX	Ley sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.
LOFAGE	Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado. LO 6/1997, de 14 de abril.
LOI	Ley de la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.
LOITSS	Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. Ley 42/1997, de 14 de noviembre.
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical. LO 11/1985, de 2 de agosto.

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.
LOREAC	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados. Ley 30/1995, de 8 de noviembre.
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado.
LOVG	Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. LO 1/2004, de 28 de diciembre.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral. Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.
LPNC	Ley de Prestaciones no contributivas. Ley 26/1990, de 20 de diciembre.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 31/1995, de 8 de noviembre.
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio.
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
LRPFP	Ley reguladora de Planes y Fondos de pensiones. Ley 8/1987, de 8 de junio.
LRSC	Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Ley 32/2006, de 18 de octubre.
LSEO	Ley del Seguro Escolar Obligatorio. Ley de 17 de julio de 1953.
LSNS	Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Ley 16/2003, de 28 de mayo.
LSS	Ley de Seguridad Social. Ley de 21 de abril de 1966.
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda.
MEYSS	Ministerio de Empleo y de Seguridad Social.
MCSS	Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.
MUFACE	Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado.
MUGEJU	Mutualidad General Judicial.
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
MTI	Ministerio de Trabajo e Inmigración.
N.º	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OM	Orden Ministerial.
OMME	Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966. Regula las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
ORETA	OM de 24 de septiembre de 1970 que desarrolla el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
O. TAS	Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
O. TIN	Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
PACTOL	Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse (Pacto de Toledo). Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995.
PGE	Presupuestos Generales del Estado.

PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 27-4-1977).
PNMLC	Pareja no matrimonial legalmente constituida.
RAD	<i>Revista Aranzadi Doctrinal.</i>
RAT	Reglamento de Accidentes de Trabajo. D. de 22 de junio de 1956.
RD	Real Decreto.
RDAEREM	Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial.
RDAJUREM	Real Decreto 3/2014, de 10 de enero por el que se establecen normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresa
RDL	Real Decreto-Ley.
RDL-CESMEM	Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
RDL-CONVILA	Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo
RDL-ECREM	Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
RDLFAJ	Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Régimen especial de los Funcionarios de la Administración de Justicia.
RDLFCE	Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.
RDL-MESFO	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
RDL-MORSO	Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
RDL-MUSSNS	Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.
RDL-OMEC	Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero de reforma en materia de infraestructuras y transportes y otras medidas económicas
RDL-TAPMUES	Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.
REA	Régimen Especial Agrario.
RED	Remisión Electrónica de datos.
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
REDT	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo.</i>
REE	Régimen Especial Estudiantes.
REEH	Régimen Especial de Empleados del Hogar.
REFA	Régimen Especial de los miembros de las Fuerzas Armadas.
REFAJ	Régimen Especial de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.



REFCE	Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.
REMC	Régimen Especial de la Minería del Carbón.
REPACTOL	Informe de la Comisión Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo (Renovación del Pacto de Toledo). Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 2003.
RES	<i>Revista Española de Seguros.</i>
Res.	Resolución.
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
RETM	Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.
RG	Régimen General de la Seguridad Social.
RGCL	Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad Social. RD 2.064/1995, de 22 de diciembre.
RGFA	Real Decreto 1.726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.
RGMA	Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.
RGPE	Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3.158/1966, de 23 de diciembre.
RGR	Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. RD 1.415/2004, de 11 de junio.
RIAAB	Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. RD 84/1996, de 26 de enero.
RIT	<i>Revista Internacional del Trabajo.</i>
RJD	<i>Revista Jurídica del Deporte.</i>
RL	Relaciones Laborales.
RLAAMSS	Real Decreto 1.716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.
RMCSS	Reglamento sobre colaboración de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. RD 1.993/1995, de 7 de diciembre.
RMJ	Reglamento del Mutualismo Judicial. Real Decreto 1.026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial.
RMTAS	<i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.</i>
RMTIN	<i>Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.</i>
RO	Real Orden.
REEA	Reglamento General del Régimen Especial Agrario. D. 3.772/1972, de 23 de diciembre.
RREE	Regímenes Especiales de la Seguridad Social.
RREMC	Reglamento del Régimen Especial de la Minería del Carbón, aprobado por OM de 3 de abril de 1973.
RRETM	Reglamento General del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. Decreto 1.867/1970, de 9 de julio.



RT	<i>Revista de Trabajo.</i>
RTSS	<i>Revista de Trabajo y Seguridad Social.</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SCP	Sociedad civil particular.
SPE	Servicio Público de Empleo o Servicios Públicos de Empleo, según contexto.
SEPE	Servicio Empleo Público Estatal.
SESS	Secretaría de Estado de Seguridad Social.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
SNS	Sistema Nacional de Salud.
SOE	Seguro Obligatorio de Enfermedad.
SOVI	Seguro Obrero de Vejez e Invalidez.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TAS	Trabajo y Asuntos Sociales.
TC	Tribunal Constitucional.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, adoptado mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifica, cambiando su denominación, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TL	Tribuna Laboral.
TRADE	Trabajador/es Autónomo/s Económicamente Dependiente/s, según contexto.
TRLCPE	Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.
TRLOSSP	Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados. Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
TRLRFPF	Texto Refundido de la Ley reguladora de los planes y Fondos de Pensiones. Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.
TRREA	Texto Refundido Régimen Especial Agrario. D. 2.123/1971, de 23 de julio.
TRREFA	Texto Refundido del Régimen especial de Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Armadas.
TRRETM	Texto Refundido del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. D. 2.864/1974, de 30 de agosto.
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
TRS	Tribuna Social.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TUE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Versión consolidada tras las modificaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1996 y del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

UE	Unión Europea.
UGT	Unión General de Trabajadores.
URE	Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social.

PARTE PRIMERA.  
CONFIGURACIÓN DEL DERECHO  
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL



# CAPÍTULO 1.

## CONCEPTO Y FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

### I. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

#### I. CONCEPTO DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Aunque todavía carece de tratamiento normativo unitario y sistemático y, por ello, está ausente de los planes de estudio, hace tiempo que cualificada doctrina iuslaboralista viene postulando con fundamento la necesidad de delimitar y estudiar de forma específica el Derecho de la Protección Social. Ciertamente, el Sistema de la Seguridad Social sigue siendo el núcleo central de regulación en esta materia, pero su sola consideración resulta insuficiente para abarcar en la actualidad la diversidad normativa e institucional que proporciona el mencionado Derecho. Dicho de otro modo, el Sistema de la Seguridad Social convive desde hace tiempo con otros sistemas y formas de protección social que, considerados bajo su común finalidad de dar cobijo a situaciones de necesidad de la ciudadanía provocadas por ciertos riesgos sociales, son susceptibles de conformar un sector del ordenamiento dotado de autonomía jurídica y científica: el Derecho de la Protección Social, aún no alumbrado formalmente en el plano jurídico pero con perfiles distinguibles en el abigarrado panorama de normas e instituciones que permiten identificarlo.

Al igual que en el Derecho del Trabajo, la noción del Derecho de la Protección Social se alcanza tras el estudio de un periplo histórico de cierta amplitud. Y del mismo modo que sucede con el primero, la noción del segundo debe anticiparse en el plano expositivo a esa evolución histórica porque su intelección se ve beneficiada didácticamente anteponiendo a la misma el concepto de este sector del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva que brinda la vigente normativa y el entramado institucional que la acompaña, puede inferirse un concepto del Derecho de la Protección Social como un ordenamiento integrado por un conjunto de principios y normas de carácter básicamente público, sostenidos por el principio de solidaridad, que regula la protección de determinadas situaciones de necesidad, individuales y colectivas, mediante prestaciones adecuadas y suficientes, dirigidas a prevenir, paliar o restaurar los efectos derivados de ciertos riesgos sociales en el marco de relaciones jurídicas que articulan aquella protección. De esta definición derivan los elementos que la sustentan y que facilitan su comprensión: ordenador, público, objetivo e instrumental.

### A) Elemento ordenador

El Derecho de la Protección Social aparece, en primer término, como *un ordenamiento integrado por un conjunto de principios y normas sostenidos por el principio de solidaridad*. La identificación de tal ordenamiento se obtiene considerando su especificidad, complejidad estructural y autonomía relativa.

La faceta específica de este ordenamiento es claramente apreciable al disponer de un conjunto de principios, de base constitucional y legal, con funciones reguladoras, aplicativas e interpretativas de las normas que lo integran (por ejemplo, el principio de universalidad subjetiva o el de generalidad objetiva), así como de normas en un sentido amplio, comprensivo tanto de disposiciones legales y convencionales, como de mandatos individualizados (por ejemplo, sentencias o actos administrativos) y de relaciones jurídicas (por ejemplo, la relación jurídica de protección). El centro neurálgico de ese conjunto ordenador reposa sobre el principio de solidaridad, sin cuya efectiva aplicación la protección social pública y sus efectos redistributivos parecen a manos del lucro privado.

Desde luego, dicho sistema no es autárquico, ni por tanto existe al margen del resto del ordenamiento jurídico. Lo que significa que el Derecho de la Protección Social no se configura ni se aplica de forma aislada y de aquí que su autonomía jurídica sea relativa. Lo es en relación con el Derecho del Trabajo, con el que, pese a no coincidir de forma plena en la materia objeto de regulación, guarda estrechas y permanentes conexiones (por ejemplo, la suspensión y extinción del contrato de trabajo en relación con determinadas prestaciones sociales o la retribución salarial con la cotización a la Seguridad Social). Relativa es, asimismo, la autonomía de este Derecho respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico. En este sentido, los vínculos del Derecho de la Protección Social son notorios y relevantes, tanto si atañen a aspectos sustantivos (por ejemplo, en materia de obligaciones contractuales o extracontractuales: arts. 1.088 ss. y 1.902 ss. CC), adjetivos (por ejemplo, la necesaria motivación de las sentencias: art. 120.3 CE) o de orden aplicativo general (por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación de los arts. 9.2 y 14 CE o las reglas de interpretación de las normas jurídicas: art. 3 CC).

La especificidad de este ordenamiento convive con una notable complejidad en su estructura. Así, el Derecho de la Protección social obedece a una morfología plural que, de modo inconveniente para su comprensión y adecuada aplicación, la ley ha rehusado reconducir a una cierta homogeneidad. La delimitación de esa morfología permite establecer inicialmente una doble clasificación que atiende a la naturaleza de la protección dispensada por dicho ordenamiento: protección social pública y protección social privada. La protección social pública, obligatoria en sus prestaciones básicas, está organizada, a su vez, en distintos sistemas: el Sistema de Seguridad Social (con intervención del Estado central y las CCAA), el Sistema de Asistencia Social Autonómica (regulada y prestada por las CCAA) y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en el que confluyen el Estado central y las CCAA). Debe advertirse que estos sistemas no se configuran en todo caso como compartimentos estancos, sino que, con distinto alcance e intensidad, mantienen entre sí vínculos de integración, complementación y suplementación.

Por su parte, la protección social privada, que siempre es de carácter voluntario, no está normativamente organizada de forma sistémica. En ella se dan cita las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que forman parte de la misma una vez establecidas voluntariamente y que pueden gestionarse por distintas vías (las propias empresas, la Administración de la Seguridad Social, las Fundaciones Laborales y Mutualidades de Previsión Social o las entidades aseguradoras). Junto a dichas mejoras, mediante los planes y fondos de pensiones, las mutualidades de previsión social y los contratos colectivos de seguro pueden establecerse asimismo de forma voluntaria y privada otras fórmulas de protección social, al margen, por tanto, del marco regulador e institucional de la protección social pública. Pese a su carácter voluntario, estos mecanismos de protección social no son ajenos a aquella otra de carácter público, pudiendo actuar respecto de ella por los cauces adicionales de la complementariedad y de la suplementariedad [Capítulo 19, II, 1, B)].

### B) Elemento público

El conjunto de principios y normas que delimitan el Derecho de la Protección Social tiene un carácter básicamente público. Carácter que debe entenderse en un doble sentido. De un lado, atendiendo a sus fuentes de producción normativa, que obedecen en esencia a un origen y contenidos públicos y heterónomos, más cercanos al Derecho Público que al Derecho Privado: principios y normas comunitarias, internacionales, CE, leyes, normas con rango de ley y reglamentos internos. La trascendencia que supone para los Estados contemporáneos socialmente avanzados la cobertura de situaciones de necesidad de la ciudadanía, explica que la opción normativa, constitucional y legal en nuestro ordenamiento, se decante de modo principal a favor del carácter público de la protección social. Consecuencias derivadas de esa opción pueden advertirse en la condición subordinada de las fuentes de producción de normas y relaciones contractuales privadas en materia de protección social, que se desenvuelven en el terreno de la autonomía (convenios colectivos y contrato de trabajo) con finalidad complementaria o suplementaria y que en ningún caso pueden sustituir a aquellas otras que regulan la protección social pública, habida cuenta del carácter básico — que no mínimo — y, por ello, prioritario, de esta última.

De otro, considerando la vertiente institucional de este ordenamiento específico, configurada de forma consecuente a través de organismos de carácter público titulares de las correspondientes competencias, a fin de cumplir de modo adecuado y eficaz con las funciones de protección social encomendadas a aquél (por ejemplo, la Tesorería General de la Seguridad Social, los Servicios Públicos de Salud o el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia). Ello sin perjuicio de que algunos aspectos materiales y complementarios de su gestión puedan prestarse mediante entidades privadas (por ejemplo, servicios de restauración o de limpieza de un hospital público).

### C) Elemento objetivo

El objeto o contenido de la regulación propia del ordenamiento en estudio viene dado por la protección social de determinadas situaciones de necesidad, individuales y colectivas, en que se encuentran las personas incluidas en el ámbito de aplicación del referido ordenamiento. Dicha protección tiene un carácter sustancialmente necesario en la social pública, en contraste con su carácter exclusivamente voluntario cuando de la protección social privada se trata. Lo que significa que, en el marco de la primera, la mayor parte de las prestaciones sociales que se dispensan tienen carácter obligatorio en cuanto a su establecimiento por la norma (por ejemplo, pensiones de jubilación o prestaciones por desempleo), si bien su alcance subjetivo (sujetos beneficiarios) y objetivo (contenido de la prestación), depende de la concreta regulación de las mismas en los distintos niveles normativos. Con todo, ha de tenerse en cuenta que la protección social pública no puede identificarse de forma automática con la obligatoriedad de establecer todas las prestaciones susceptibles de incluirse en el ámbito material de aquélla. Ello es así porque las previsiones y mandatos que contiene el modelo constitucional de protección social pública no responden a un diseño cerrado sino relativamente abierto, de modo que la ley cuenta con un cierto margen para establecer o no ciertas prestaciones, como sucede con las de asistencia social y servicios sociales (Capítulo 2, II, 1 y 2). Por consiguiente, dicha protección no tiene un alcance materialmente ilimitado, pues ello supondría, por lo demás, identificar indebidamente la protección social pública con la política social (por ejemplo, con la política fiscal o con la política de empleo). De un modo más estricto, la mencionada protección comprende situaciones de necesidad caracterizadas por hacer frente a ciertos riesgos sociales provocados por la actualización de determinadas contingencias definidas por la norma legal y bajo los condicionantes que la misma trace ajustándose a la CE y a las disposiciones internacionales y comunitarias que resulten aplicables.

En todo caso, de las citadas previsiones y mandatos se colige que las situaciones de necesidad protegidas, en su doble vertiente pública y privada, pueden ser tanto individuales como colectivas. Las primeras,

aún previstas con carácter general en la norma, se prestan al singular beneficiario cuando se actualiza la situación de necesidad en cada caso (por ejemplo, subsidio por incapacidad temporal). La prestación de las segundas obedece a una programación y puesta en práctica dirigidas simultáneamente a determinados grupos de la población beneficiaria (por ejemplo, campaña de vacunación contra la gripe o de prevención contra el tabaquismo).

#### D) *Elemento instrumental*

Para satisfacer las situaciones de necesidad establecidas, la protección social pública se sirve instrumentalmente de dos clases de medios. De un lado, de prestaciones sociales dispensadas a los destinatarios y dirigidas a prevenir (actuación previa a la producción del riesgo), paliar (actuación reparadora de los efectos del riesgo) o restaurar (actuación recuperadora de la situación anterior a la producción del riesgo) los riesgos sociales. Dichas prestaciones han de suministrarse conforme a una dotación de recursos humanos y económicos suficientes para poder afrontarlas, teniendo en cuenta que, como se verá en su momento, la noción de suficiencia prestacional debe objetivarse al máximo, aunque ello no impida apreciar notables oscilaciones en el índice de cobertura de las referidas situaciones, de signo ampliatorio en fases de crecimiento y bonanza económica y de orden reductor cuando el ciclo económico entra en declive o recesión (Capítulo 2, II, 1). En términos generales, del contenido de dichas prestaciones se beneficia la ciudadanía, entendiendo esta noción en un sentido amplio, inclusivo de la ciudadanía social, a la que se accede bien a través de la nacionalidad, bien mediante un determinado tiempo de residencia en un Estado. Pero ese ámbito subjetivo de beneficiarios experimenta, junto con el contenido prestacional, las dilataciones y contracciones que la norma legal se encarga de establecer al calor de las mencionadas oscilaciones de orden económico.

De otro lado, la protección social pública se ordena mediante relaciones jurídicas destinadas a encauzarla y garantizarla (Capítulo 3, III). En primer lugar, la relación jurídica contributiva, que engloba las relaciones de encuadramiento, cotización y protección trabadas entre los beneficiarios y los correspondientes organismos o entidades públicas o privadas. En segundo término, la relación jurídica asistencial, constituida sobre la base de la insuficiencia o la inexistencia de cotización al Sistema de la Seguridad Social. En tercer lugar, las relaciones jurídicas dirigidas a garantizar, administrativa y judicialmente, los derechos e intereses de los sujetos que intervienen en las anteriores relaciones [véanse, a este respecto, los Capítulos 22 y 26, IV, 2, B), C) y D) de nuestro *Curso de Derecho del Trabajo*].

Por su propia naturaleza, la protección social privada se desenvuelve en una esfera operativa de menor alcance que la pública. De aquí que, de forma instrumental, utilice básicamente medios reparadores y restauradores de los riesgos sociales y que las relaciones jurídicas de los sujetos beneficiarios de las correspondientes prestaciones se desarrollen principalmente en torno a las técnicas del aseguramiento privado.

## 2. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

La precedente definición del Derecho de la Protección Social proporciona una aproximación descriptiva y explícita de este sector del ordenamiento, que, aún necesaria, responde a la finalidad u objetivo que la misma pretende alcanzar, pero deja en la penumbra una cuestión fundamental, cual es la que concierne al fundamento o razón que da cuenta del porqué ese Derecho surge para cubrir aquel objetivo. Desde este punto de vista, la razón de ser o fundamento de este sector regulador se mueve en un plano latente o implícito, aunque sin duda esencial, que atiende a la prevención y resolución de los conflictos laboral y social derivados de ciertas situaciones de necesidad, bien en el marco del orden económico vigente y del sistema político-jurídico configurado sobre dicho orden, bien mediante la transformación de tales estructuras merced a su efectivo control democrático y a una justa distribución de la riqueza.



Cumple así este Derecho, bajo este prisma sustancial, una función históricamente diversificada. En una primera fase, cuando los riesgos sociales se cubren mediante del aseguramiento obligatorio de los seguros sociales [*infra* II, 1, B), a)] esa función es compartida con el Derecho del Trabajo, al consistir en la prevención y resolución del *conflicto laboral* mediante normas sociales protectoras de las situaciones de riesgo social que afectan al trabajador, como sucede, por ejemplo, con la promulgación de la Ley sobre accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Más tarde, en una segunda fase, se hace frente a aquellos riesgos mediante el aseguramiento obligatorio en el marco del Sistema de la Seguridad Social [*infra* II, 1, B), b)], de suerte que se amplía el ámbito subjetivo de los beneficiarios de la acción protectora, no limitándose ya únicamente la función asumida por el Derecho de la Protección Social a procurar la institucionalización del conflicto laboral, sino, con mayor alcance, a prevenir y resolver, en cierta medida, el *conflicto social*, más genérico pero no menos real que el de carácter laboral, en cuanto derivado de las situaciones de necesidad producidas por la actualización de ciertos riesgos sociales que pueden afectar a la persona como tal, al margen por tanto de la calificación profesional o laboral que la misma pueda ostentar. Como luego ha de verse (Capítulo 2, II, 1 y 2), el artículo 41 CE establece el soporte normativo de esa ampliación subjetiva y, con ello, del propio fundamento de la disciplina, ampliación que será luego desarrollada por el legislador en distintas vertientes protectoras (por ejemplo, mediante la LPNC o la LAPAD). La prevención y resolución de los conflictos laboral y social es denominador común de ambas, pero cada una de ellas cuenta con una vía específica para lograr ese propósito.

Con arreglo a la primera, los mecanismos preventivos y resolutivos están, con mayor o menor intensidad, al servicio de las estructuras institucionales vigentes, que, desde finales de la Edad Moderna, se identifican con el orden económico capitalista y con el sistema político-jurídico que lo sustenta que, en su expresión más avanzada, alcanza la condición de Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE). De modo semejante a lo que acontece con el Derecho del Trabajo, esta primera vía es susceptible de acoger diversas soluciones normativas, acompañadas al devenir histórico de cada sociedad y de cada Estado. De esta forma, la dosis nacional de protección social depende, sin duda, del desarrollo económico, social, político y cultural de cada país en relación con el entorno globalizado en el que actúa. Especial relieve tienen, a este respecto, los factores político y económico. La finalidad primaria que persigue el factor económico se centra en la mejora, hasta cierto punto, de la distribución de la renta de los trabajadores o de los ciudadanos, con sus efectos derivados sobre la conservación o incremento del poder adquisitivo y de consumo, así como sobre las condiciones de salud y seguridad en el que el trabajo se presta. Sobre esa base material y según el momento histórico que se considere, el factor político persigue desactivar objetivos, bien revolucionarios, bien de carácter democrático-transformador de las estructuras económicas y político-jurídicas, reconociendo y ampliando las situaciones de necesidad y su cobertura legal.

Conforme a la segunda vía precitada, la prevención y resolución de conflictos laboral y social aparecen como dispositivos de acompañamiento y promoción de ciertas situaciones de necesidad enmarcadas en el proceso de transformación democrática de la estructura institucional y normativa vigente y de una justa distribución de la riqueza al amparo del Derecho de la Protección Social. En nuestro ordenamiento, el punto de partida para profundizar en esta vía lo proporciona el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que, en su evolución, querida e incentivada por la propia norma constitucional (arts. 9.2 y 128.1 CE), permite alcanzar las más altas cotas de igualdad, libertad y solidaridad, superadoras de aquella estructura, apareciendo la solidaridad como la clave de bóveda del Derecho de la Protección Social, en especial en su vertiente pública.

### 3. CARACTERES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

#### A) *Derecho de carácter social*

De la propia denominación de este sector del ordenamiento ya se deriva con nitidez el carácter social ínsito al mismo, ya sea desde el punto de vista subjetivo, ya sea bajo una consideración objetiva. Subjetivamente, dicho ordenamiento, a partir de una determinada fase histórica, cambia su punto de referencia y deja de centrarse en la protección individual de las situaciones de necesidad (beneficencia y ahorro privado), para configurar los riesgos en su dimensión social (seguros sociales y Seguridad Social). De este modo, y ante la notoria insuficiencia de la protección meramente individual, el centro de gravedad de la regulación jurídica se desplaza sobre tales riesgos, aceptando así su carácter social y la necesaria solidaridad que ese carácter implica en este ámbito, tanto por el volumen de la población afectada como por la dificultad o imposibilidad objetiva de prevenir, reparar o restaurar los daños derivados de la actualización de los citados riesgos a través de los mecanismos que cada persona, individualmente o en grupo, pueda establecer a estos efectos desde el ámbito privado, esto es, sin la intervención de los poderes públicos en la cobertura de las necesidades sociales de las que surgen dichos riesgos.

#### B) *Derecho de protección plural*

Sería inexacto decir que el Derecho de la Protección Social atiende en exclusiva a los riesgos sociales que, en distintos momentos, afectan a distintos segmentos de la población de un Estado. Esta atención es, a no dudar, uno de los principales propósitos que mueven a los poderes públicos a regular la cobertura de tales riesgos. Pero, como ya se apuntó al tratar del fundamento de este Derecho, los intereses tutelados no son tan sólo los de la ciudadanía. Junto a ellos, y no con menor importancia, también se protegen los propios de los empleadores, que mediante las cotizaciones sociales, el sistema impositivo general o ambos conjuntamente con distinto alcance según el país que se considere, asumen la financiación de la cobertura de los riesgos derivados del trabajo o de la propia existencia extralaboral, a fin de evitar convulsiones sociales que harían peligrar el sistema económico y social ante la insuficiencia de medios materiales para mantener y reproducir la fuerza de trabajo necesaria y el resto de la ciudadanía sin cuyo concurso no podría girar con regularidad la rueda de la producción y del consumo. Por otro lado, los representantes políticos de las fuerzas sociales que sustentan el *statu quo* están también interesados en la permanencia del referido sistema en cuanto conforman la expresión político-jurídica de los intereses de tales fuerzas.

Por su parte, el interés objetivo de la empresa, en cuanto institución necesaria para la producción y distribución de bienes y servicios, está también involucrado en la protección social, porque del trabajo prestado en la misma, aunque sea bajo un funcionamiento y organización racionales (esto es, no arbitrario ni insolidario) también derivan riesgos sociales que deben ser atendidos (por ejemplo, incapacidad temporal o jubilación). En el sentido que acaba de apuntarse, el interés de la empresa debe ser salvaguardado en todo caso. Pero, al igual que sucede con el Derecho del Trabajo, en el Derecho de la Protección Social el interés objetivo al desenvolvimiento racional de la empresa no debe confundirse con el interés del empleador en el sistema capitalista, dado que la búsqueda principal del máximo beneficio por parte de éste entra en conflicto estructural (por el propio diseño del sistema) con el lícito interés de trabajadores y ciudadanos a una redistribución equitativa de la riqueza a través de la protección social cuando el empleador considera que ese reparto reduce en demasía su tasa de ganancia, consideración de índole individual que orilla la satisfacción de los riesgos colectivos mediante aquella redistribución.

### C) Derecho reversible

El Derecho de la Protección Social comparte con el Derecho del Trabajo el carácter reversible. Este carácter presenta también aquí una especial intensidad que le separa de otras parcelas del ordenamiento jurídico y, en algunos aspectos, del propio ordenamiento laboral. Tal particularidad deriva de la singular incidencia que ciertos *factores socioeconómicos y políticos* tienen en la disciplina jurídica de la protección social. La experiencia histórica enseña que el carácter reversible de esta regulación tiene lugar de modo señalado, a partir del momento en que el Estado inicia su acción protectora en este campo mediante los seguros sociales primero y la Seguridad Social después. El Sistema de la Seguridad Social puede, de forma particular, experimentar avance y retrocesos en función de la intensidad con la que operen los mencionados factores. Los factores socioeconómicos son objetivamente constatables, pero producen efectos ambivalentes en la protección social. Así, el alargamiento de la esperanza de vida favorece el disfrute de una mayor plenitud vital pero comporta un mayor gasto social en pensiones y asistencia sanitaria, la reducción de la natalidad estimula el trabajo de la mujer fuera del hogar pero aminora el número de cotizantes a la Seguridad Social y al sistema impositivo general en principio positivos, los movimientos migratorios internacionales por razones laborales aportan fuerza de trabajo a los mercados estatales cuando ésta es necesaria pero incrementan el gasto social cuando tal necesidad aminora o desaparece, la elevación de la tasa de desempleo y sus negativas consecuencias en el gasto social en prestaciones y subsidios por esta contingencia, el aumento y mantenimiento de la economía irregular con su impacto negativo en los ingresos públicos y, sin pretensión de exhaustividad, la evasión fiscal con su deletéreo efecto en ese mismo capítulo de los ingresos públicos.

Los factores de orden político están condicionados por la situación de la economía, interna e internacional, pero, al mismo tiempo, por la ideología de las fuerzas políticas y, a su través, de los intereses socioeconómicos que éstas representan. La incidencia de estos factores resulta especialmente visible en las fases depresivas del ciclo económico, puesto que las políticas fundadas de modo exclusivo o preferente en la contracción del gasto público y en un sistema impositivo con insuficiente equidad y progresividad percuten de manera principal en el gasto destinado a la protección social y facilitan la regresión de los niveles de cobertura alcanzados por ésta, de suerte que algunas formas de protección tradicionales vuelven a adquirir protagonismo (beneficencia privada y asistencia social pública). Por el contrario, un gasto público racionalmente controlado pero que estimule la demanda de bienes y servicios, así como articulación de un sistema impositivo justo auspician una redistribución más solidaria de la renta a través de la referida protección, dificultando su reversibilidad y la reducción o pérdida de derechos que la misma conlleva (por ejemplo, introduciendo el mal denominado copago en los medicamentos o no actualizando el poder adquisitivo de las pensiones).

## II. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

### I. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN GENERAL DE LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS SOCIALES

La singladura histórica que describe la protección social hasta alcanzar su actual condición de ordenamiento propio, bien que sea todavía en estado de gestación en cuanto Derecho que la instaure y sistematice, puede estudiarse, con mayor provecho comprensivo, sobre la base del carácter voluntario u obligatorio de las técnicas utilizadas para dispensar aquella protección. No es, por tanto, determinante para su estudio reparar de forma prioritaria en la condición privada o pública de los sujetos que suministran la protección, ya que los sujetos públicos pueden procurarla tanto de modo voluntario como obligatorio. Y

tampoco facilita el análisis de tales técnicas distinguir entre técnicas de ayuda y técnicas de prevención, pues, todas ellas poseen una incuestionable finalidad preventiva, por muy rudimentaria que ésta sea.

Las distintas técnicas protectoras guardan una cierta relación de correspondencia con los diferentes estadios de desarrollo de las fuerzas productivas y de las ideologías que las canalizan, observándose aquí cierto paralelismo entre la actitud del legislador ante el conflicto laboral y la que muestra en orden a la protección social, como ya se apuntó con anterioridad (*supra* I, 2).

Por otra parte, no todas esas técnicas revisten el mismo grado de dificultad en su concepción, organización y gestión, advirtiéndose a este respecto una secuencia escalonada que discurre desde la simplicidad a la complejidad. Sin embargo, esa evolución no supone desaparición de las técnicas más simples en beneficio de las más complejas. En este sentido es una constante la coexistencia de las técnicas voluntarias con las técnicas obligatorias. Coexistencia que presenta una intensidad variable, pues si en las fases iniciales de la evolución las primeras se retraen cuando las segundas se desarrollan, más tarde, en un movimiento de reflujo, las de carácter voluntario recuperan mayor protagonismo, especialmente en las etapas de crisis económica. En estas etapas el Estado debe afrontar un mayor gasto social, pero, bajo un reverdecido liberalismo económico, se impone paradójicamente la reducción de las correspondientes partidas presupuestarias como consecuencia de una política hipertrofiada de contención del déficit público (por ejemplo, en materia de desempleo o de asistencia sanitaria).

#### A) Técnicas de carácter voluntario

La morfología de las técnicas utilizadas por la protección social voluntaria transita a través de cuatro técnicas: el ahorro, la beneficencia, el mutualismo y el seguro privado. Aunque el rasgo general de todas ellas es la voluntariedad, al ser la persona, individual o asociadamente considerada, quien opta por utilizar alguna de estas técnicas con finalidad preventiva o paliativa de ciertos riesgos sociales, debe advertirse que, de forma excepcional, el mutualismo presenta un carácter obligatorio en los momentos de su gestación durante el régimen gremial, tratándose en todo caso de una fase transitoria hacia la voluntariedad, como luego se verá. Bajo ese signo voluntario, las cuatro técnicas enunciadas llegan hasta nuestros días con distinta intensidad.

##### a) Ahorro

Se trata de una técnica primaria de autoprotección, en cuya virtud la persona renuncia a realizar un gasto actual, en previsión de un gasto futuro derivado de una necesidad social. Dicha renuncia puede tener por objeto un bien o servicio de consumo directo (por ejemplo, abstención de adquirir ciertos alimentos o cierta vestimenta) o una transferencia (por ejemplo, ayuda económica a un pariente).

Pero la sencillez de la técnica no corre paralela con su eficacia. En este sentido, es notoria la insuficiencia de la mayor parte de las rentas salariales o ayudas de asistencia social benéfica que los trabajadores perciben durante las etapas de inicio y despliegue del capitalismo gestado durante la Revolución Industrial, situación que se extiende a las distintas crisis económicas por las que el mismo atraviesa, en las que aquellas rentas y ayudas o bien desaparecen o bien se reducen drásticamente para amplios sectores de la población trabajadora como consecuencia de la aplicación de políticas restrictivas del gasto social y de la falta de inversión productiva generadora de empleo. A ello debe añadirse la imposibilidad de que, incluso con salarios de mayor cuantía, pueda el ahorro individual del trabajador detraer de su renta las cantidades necesarias para afrontar los costosos y duraderos gastos derivados de la actualización del riesgo social (por ejemplo, incapacidad para el trabajo o jubilación), así como la particular intensidad de la inflación y la consiguiente pérdida de poder adquisitivo de las rentas del trabajo, dada la inexistencia o la suspensión temporal de mecanismos de revisión y actualización salarial y de prestaciones sociales.

## b) Beneficencia

Junto al ahorro privado coexiste la beneficencia como forma secular de protección social, ya sea privada (que comprende tanto la ayuda en el círculo familiar como la dispensada fuera de él), ya sea pública (denominada también asistencia pública), cuya finalidad reside en paliar la pobreza de las personas que carecen de los medios básicos de subsistencia, por lo que no se ciñe exclusivamente a los trabajadores desempleados o con ingresos ínfimos. Tiene, por tanto, esta técnica una primordial dimensión caritativa, lo que implica su dependencia de la libre voluntad de terceros que aportan la ayuda económica o en especie estimada oportuna, no con la finalidad de erradicar la pobreza, sino para que los indigentes, sin dejar de serlo, puedan sobrevivir en la situación de miseria en la que se encuentran. Esa dimensión permite comprender que la beneficencia, aunque fuera asumida en parte por las instituciones públicas, resultara inoperante para contener el conflicto social e integrar en el sistema a las clases sociales desfavorecidas.

La insuficiencia de esta técnica deriva básicamente del carácter graciable de la ayuda, lo que excluye el reconocimiento de derecho subjetivo alguno a obtenerla, aunque en la actualidad la exclusión se modere condicionando el reconocimiento de las prestaciones a las disponibilidades presupuestarias; de su insuficiente cobertura, tanto de las prestaciones económicas como de las prestaciones en especie; así como de la prueba de necesidad exigida cuando su concesión discrecional depende de organismos públicos. Pese a las notorias carencias que aquejan a esta técnica, el doble carácter voluntario y de mera ayuda a la supervivencia que la beneficencia comporta se prolonga hasta nuestros días, atravesando las crisis económicas del capitalismo desarrollado —durante las cuales la necesidad de ayuda benévola resulta más extendida y perentoria— mediante la actuación de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro y, por tanto, sin coste económico para los beneficiarios. Ambas reconocen o dispensan ayudas a personas en situación de exclusión social, derivada con frecuencia del desempleo de larga duración, aunque no exclusivamente, y en la que el trabajador no dispone de ingreso alguno o de ingreso suficiente y regular a fin de subvenir a sus necesidades básicas y, en su caso, a las de su familia. Aunque, como se ha señalado, dichas organizaciones pueden tener carácter público o privado, predominan las últimas, de índole civil o religiosa (por ejemplo, Cruz Roja, cooperativas de interés social, Cáritas...), ofreciendo una serie de ayudas para cubrir necesidades básicas (bancos de distribución de alimentos, comedores sociales, prestación de servicios sanitarios...) y cumpliendo así una importante función social sustitutiva de la que, con un superior alcance, habría de corresponder al Estado, máxime cuando éste se califica jurídicamente como social a partir de una determinada fase de su evolución.

## c) Mutualidad

Las notorias limitaciones del ahorro individual y de la beneficencia para resolver la cobertura social de amplias capas de la población trabajadora y menesterosa, desembocan en la técnica de la mutualidad. Esta forma organizativa de protección social configura una comunidad de riesgos gestada y extendida por toda Europa durante la Edad Media y el Renacimiento al amparo del régimen gremial, que, con profundas modificaciones, llega hasta nuestros días, expandiéndose en paralelo más allá del ámbito europeo (Estados Unidos, Australia, Sudáfrica...). Su finalidad será el reparto de las cargas económicas entre todos los miembros de la mutualidad para afrontar de forma colectiva la actualización de ciertos riesgos sociales compartidos por su vinculación con el trabajo y, que por tanto, pueden afectar individualmente a cualquiera de sus componentes. Pese a su carácter obligatorio, anida ya en estas mutualidades la conciencia de la solidaridad activa, superadora de la ayuda pasiva y graciable que la beneficencia encauza.

En su desarrollo durante el medioevo, esa comunidad de riesgos tendrá carácter obligatorio, dado que la adscripción a la mutualidad era efecto obligado de la pertenencia al gremio. La desaparición del régimen gremial y el paralelo advenimiento de la sociedad industrial de la mano del liberalismo económico, político y jurídico, determinarán la creación de Sociedades de Socorros Mutuos, formas mutualistas orientadas por la misma finalidad que anima a la mutualidad gremial, pero con la esencial



diferencia de que su constitución obedecía a la libre decisión asociativa de los trabajadores, derivada en ocasiones de la previa creación de cooperativas de consumo y producción (paradigma de esta vinculación será el movimiento cooperativo de Rochdale, Inglaterra, iniciado en 1844). Estas sociedades de auxilio mutuo, aunque toleradas en algunos momentos, serán objeto de la prohibición general del asociacionismo que impone el pujante Estado liberal, en particular respecto de las sociedades obreras, máxime teniendo en cuenta que, a partir de un cierto grado de desarrollo de la conciencia social de la clase trabajadora, las mutualidades actuaban no sólo como un instrumento de ayuda mutua entre los asociados ante el infortunio, sino también en condición de sociedades de resistencia, esto es, como formas iniciales de organización sindical del movimiento obrero. La intervención normativa del Estado en la relación de trabajo asalariada, reducirá paulatinamente la interdicción del mutualismo obrero, siempre que éste se ciñera a sus fines de protección social, hasta llegar a su pleno reconocimiento una vez que los sindicatos adquieren carta de naturaleza legal y, por ello, las mutualidades pueden desenvolver su actividad conforme a los fines que les son propios.

En la línea de evolución normativa general de las técnicas de protección social, la mutualidad representa un innegable avance. Lo evidencian así la idea de solidaridad que está en la base de la organización de la cobertura colectiva de distribución de riesgos sociales, en contraste con el insuficiente alcance que brinda a estos efectos el ahorro individual y el sentimiento de humillación que procura la beneficencia; la identificación de un derecho subjetivo a obtener la cobertura protectora frente a la mera posibilidad o discrecionalidad que ofrecen el ahorro individual y la beneficencia, así como la ausencia de ánimo de lucro entre los mutualistas, separándose de este modo de la técnica del seguro mercantil y del cálculo actuarial que la acompaña.

Las ventajas que el mutualismo obrero comporta en la referida evolución no alcanzan a compensar los inconvenientes que también lo lastran. Entre los principales figuran la escasez de sus miembros, habida cuenta de la reducida cuantía de los salarios, lo que, en consecuencia, no permite allegar las cuotas suficientes; un restringido ámbito de cobertura de los riesgos mutualizados como derivación de lo anterior; el frecuente impago de cuotas debido a las oscilaciones de los salarios pactados, unido a la pérdida de su poder adquisitivo. El desequilibrio financiero que todo ello ocasiona, debido, no sólo a una deficiente gestión de los fondos, sino, sobre todo, al hecho de que los miembros de la mutualidad suelen ser los trabajadores con bajas cualificaciones y salarios, lo que arroja un mayor índice de riesgos a cubrir y una propensión adicional a la insuficiencia de los recursos mutuales para atender a la elevada demanda protectora.

#### d) Seguro privado

Con raíces en el Medioevo y bajo la inicial finalidad de proteger el trasiego marítimo de las mercancías que los comerciantes italianos emprendieron con especial intensidad a partir del siglo XIV, surge la técnica del seguro privado, primero de forma autónoma y después mediante su incorporación a la mutualidad, en una fórmula mixta que llega hasta nuestros días con las Entidades de Previsión Social, de carácter privado. Diversas voluntades confluyen para que esa fórmula adquiera cierta relevancia. Por motivos que conciernen de modo principal al mantenimiento y mejora de la productividad derivada de una mayor atención a la salud de los trabajadores y de la sustitución menos traumática de la fuerza de trabajo, un elevado número de empleadores asumirá el pago de primas a entidades aseguradoras privadas o a mutuas empresariales constituidas al efecto, a fin de proporcionar una cobertura básica de ciertos riesgos sociales (por ejemplo, vejez o incapacidad). Esta forma de aseguramiento de riesgos sociales contará también con el apoyo de la mayoría de los sindicatos, quienes considerarán que la misma constituye una mejora objetiva de la desprotección social en que la mayor parte de los trabajadores desarrollaba su actividad laboral. Por su parte, el Estado secundará también la técnica del aseguramiento privado, tanto por razones económicas encaminadas a aliviar el peso que para su erario suponía la beneficencia o asistencia social

pública, cuanto por razones ideológicas a fin de que los trabajadores se alejaran de las organizaciones políticas y sindicales contrarias a la aplicación de dicha técnica, por entender que desproveía a aquéllos de la conciencia de clase necesaria para abordar un cambio social en profundidad.

### B) Técnicas de carácter obligatorio

Ninguna de las técnicas voluntarias de protección social llega a paliar de modo suficiente las devastadoras consecuencias de penuria y desvalimiento que la Revolución Industrial y el capitalismo pujante que le acompaña llevan aparejadas para la mayoría de la clase trabajadora. Ello induce a los poderes públicos a buscar una mayor atenuación de esos efectos a fin de evitar el estallido social y el pauperismo generalizado de la fuerza de trabajo, respondiendo así en este ámbito protector de modo semejante a lo que sucede con la legislación laboral como respuesta al conflicto de esta misma naturaleza. Las técnicas obligatorias en que ese paliativo se articula jurídicamente de forma extensa son dos: los seguros sociales primero y, con posterioridad, la Seguridad Social en cuanto sistema que culmina el más alto grado de protección de los riesgos sociales, bien que con diferencias notables según el ordenamiento que se considere. Ambas técnicas se configuran sobre la base del aseguramiento individual obligatorio de los riesgos sociales, quedando en ese marco el criterio voluntarista prevalente en la anterior fase como una forma complementaria de menor relevancia. En esas dos técnicas obligatorias va encarnando, con distinto alcance, la idea de solidaridad, que, por su inmanente concepción colectiva, se opone así con nitidez a la concepción individual de dicha protección. Esa idea va permeando paulatinamente la acción normativa con diverso alcance, de modo que cada una de dichas técnicas obedece a un distinto ámbito subjetivo de cobertura: la protección profesional es propia de los seguros sociales, en tanto que la Seguridad Social amplía los contornos subjetivos para dispensar una protección al ciudadano con independencia de que éste desarrolle o no una actividad profesional, aunque ésta siga teniendo una presencia relevante en la configuración de este sistema protector.

#### a) Los seguros sociales

##### a') Evolución

La transición que se produce en el último tercio del siglo XIX desde el seguro privado voluntario a los seguros sociales de carácter obligatorio, encuentra su primer y principal exponente en el aseguramiento de los accidentes de trabajo, que adquieren materialmente el carácter de riesgo social a causa de la generalización del sistema de producción capitalista, al que acompañan, en cuanto aquí interesa, la carencia de medidas de seguridad y salud laborales, la realización de extenuantes jornadas de trabajo y la falta de suficiente formación profesional de los trabajadores.

En el marco del seguro privado, la protección de los accidentes de trabajo se somete inicialmente al Derecho de daños, inserto en el ordenamiento civil, lo que determinará una garantía protectora de aquella contingencia inexistente o exigua. Inexistente porque ni en el arrendamiento de servicios primero, ni en los iniciales compases del contrato de trabajo más tarde se incluía de ordinario estipulación alguna que exigiera la responsabilidad contractual del empresario ante la actualización del daño o lesión derivado del accidente, sin que, por otra parte, el Derecho común de los contratos previera ningún deber de seguridad a cargo del empleador. Y exigua dado que la responsabilidad extracontractual o aquiliana dejaba un angosto margen para su efectividad, al tener que probar el trabajador la culpa o negligencia del empresario, actividad probatoria usualmente fuera de su alcance y que, por otra parte, dejaba de lado un elevado volumen de accidentes debidos al riesgo industrial genérico (caso fortuito) o a la imprudencia y/o inexperiencia del propio trabajador. La posterior construcción jurisprudencial introduciendo la técnica de la presunción *iuris tantum*, y su incorporación a algunas normas legales (por ejemplo, a la ley prusiana de 8-11-1838), que partía de considerar contractualmente responsable al empresario de los daños derivados para las personas

—trabajadores o terceros— en el desarrollo de su actividad productiva, no obtuvo mejores resultados protectores, pues aquél quedaba a la postre también exonerado de responsabilidad si demostraba que la causa del accidente obedecía a fuerza mayor o a culpa de la víctima.

La evolución de la cobertura protectora del accidente de trabajo hacía los seguros sociales no obedecerá tan sólo a la insuficiencia técnica del seguro privado voluntario, sino, sobre todo, a los efectos de esta carencia en la productividad, dada la percusión que el elevado número de este tipo de accidentes tenía en la regularidad de la prestación de trabajo. A lo que se unía, como ya se apuntó, el designio de conjurar el peligro que para la estabilidad del sistema económico y social derivaba de la influencia del pensamiento social de cuño progresista en los trabajadores y sus organizaciones (Condorcet, Louis Blanc, Sismondi, Bebel, Sidney y Beatriz Webb...). Ese pensamiento prefigura lo que después aparecerá en la legislación como el *principio del riesgo profesional (absolute risk)*, que determina la responsabilidad del empresario por los riesgos sociales derivados del funcionamiento de su actividad, al margen de que concurra o no su culpa o negligencia y cuyo efecto sustancial es fijar su *responsabilidad objetiva* por el daño derivado de accidentes de trabajo, lo que exige, en todo caso, su reparación.

La efectividad de esa responsabilidad objetiva supondrá que el seguro de accidentes haya de concertarse por el empresario de modo obligatorio. Así sucede con la primera norma que lo instaura, la ley alemana de 6 de marzo de 1884, cuyo impulso principal se debió al canciller Otto von Bismarck como respuesta institucional integradora del conflicto laboral y de la inicial presencia del partido socialdemócrata en el *Reichstag* a raíz de las elecciones de 1877. La extensión del capitalismo industrial y la creciente exigencia de productividad en el desarrollo de la actividad laboral, determinarán también que distintos países aprueben leyes reguladoras de aquella responsabilidad en los accidentes de trabajo, aunque no con el mismo alcance subjetivo en todos los casos: Austria (1888), Noruega (1894), Inglaterra (1897), Italia (1898) o Francia (1898). Con iguales objetivos de contención del conflicto laboral y de protección del interés empresarial en el fortalecimiento de la competitividad, el dispositivo de los seguros sociales será asimismo ampliado a otros riesgos sociales: la enfermedad (Alemania 1883, Países Bajos 1901, Noruega 1909...), la maternidad y los subsidios familiares (Italia 1910, Francia 1922, Bélgica 1930), la invalidez y la vejez (Alemania 1889, Austria 1906, Francia 1910, Inglaterra 1911, Rusia 1912, Suecia 1913...) y, con mayor dificultad y alcance, el seguro de desempleo (Inglaterra en 1911, Italia 1923, Alemania 1927...).

#### b') Caracterización

En la trayectoria evolutiva de los Seguros Sociales se advierten ciertos caracteres que prefiguran el actual Sistema de la Seguridad Social:

- *Obligatoriedad.* Entendida como imposición por la ley del aseguramiento forzoso de la situación de necesidad, superándose así la existencia en el seguro privado de relación contractual entre la entidad aseguradora, los sujetos obligados al pago de las correspondientes cuotas y el sujeto beneficiario. Este rasgo diferencia por tanto netamente el seguro social del seguro privado. Este último se articula siempre sobre una necesaria base contractual, ya se trate del seguro común, ya de ciertas modalidades del seguro de índole obligatoria (por ejemplo, el seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso de automóviles) en las que si bien la ley impone la concertación del contrato de seguro no por ello éste pierde su condición de consensual, bilateral y oneroso, conservando las partes autonomía para fijar una parte de su contenido. El carácter obligatorio de la relación jurídica del seguro social es acontractual, al corresponder a la ley la regulación de su contenido, sin que los sujetos obligado y beneficiario puedan disponer del mismo, salvo que la propia ley así lo determine en supuestos específicos de orden suplementario (por ejemplo, convenio especial para el pago de cuotas por el beneficiario).
- *Publicación.* Carácter manifestado no sólo en la regulación de la relación jurídico-pública del seguro social como acaba de señalarse, sino también en su gestión, con independencia de que se



lleve a cabo de forma directa por organismos públicos o, de modo indirecto, por entidades instrumentales que deben ajustarse al carácter público del seguro, lo que principalmente supone dejar fuera de la gestión la finalidad lucrativa.

- *Financiación diversificada.* A diferencia del seguro privado, en el que la prima a pagar corre de cuenta del asegurado-beneficiario, en el seguro social no existe proporcionalidad entre la prima y el riesgo, puesto que las cotizaciones se imponen legalmente a los sujetos obligados al tiempo que la propia ley determina las aportaciones del Estado. Únicamente se excluye de la cotización a los trabajadores en el caso de las contingencias profesionales, habida cuenta de la responsabilidad objetiva del empresario en tal supuesto.
- *Delimitación subjetiva de la protección.* El seguro social ampliará el espectro de sus beneficiarios y aunque no llega a generalizarse a todas las capas de la población, alcanzará paulatinamente a la mayor parte de los trabajadores por cuenta ajena y, de forma más limitada, a trabajadores por cuenta propia.
- *Ampliación objetiva de la función protectora.* La noción de daño que maneja el seguro privado no conviene al seguro social, ya sea porque en éste no todas las situaciones de necesidad responden a dicha noción (maternidad, nacimiento de hijo), ya sea porque se excluyen del aseguramiento daños que, a sus efectos, no constituyen necesidades (por ejemplo, los que cubre el seguro sobre la vivienda). Con todo, las situaciones de necesidad a las que el seguro social presta cobertura, aunque se desenvuelven en un determinado ámbito de contenidos, experimentan una progresiva ampliación que, como ya se ha señalado, comienza con el aseguramiento obligatorio de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para abarcar gradualmente una gama más amplia de protección.

## b) La Seguridad Social

En cuanto sistema institucional y normativo, la emergencia y desarrollo de la Seguridad Social tiene lugar en un lapso temporal relativamente corto durante el siglo xx, abarcando desde los inicios de la década de los veinte hasta la de los cuarenta, aunque su implantación no fuera uniforme en todos los países e incluso en algunos hubiera que esperar para ello hasta la década de los sesenta, como es el caso de España. Ese período puede estructurarse, de modo general, en tres etapas que jalonan la génesis y evolución de dicho sistema.

### a') Etapa preliminar

En esta etapa, la construcción de un Sistema de Seguridad Social no responde a ningún plan general que agrupe a distintos países o que promulgue una disposición de ámbito internacional a fin de impulsar la instauración de dicho sistema. Alejada de todo afán coordinador supraestatal, la emergencia de tal sistema se produce de manera dispersa en algunos países, bien que con el trasfondo común de situaciones de conflicto bélico generalizado y de intensa privación económica. Las manifestaciones más prominentes de ese nacimiento no tienen, sin embargo, el mismo alcance, dado que se materializan en disposiciones de distinto rango, constitucional y legal.

- *La inicial constitucionalización de los derechos económicos y sociales,* no será indiferente a una temprana incorporación de la Seguridad Social con cierta vocación sistémica. Así sucede en la Constitución mexicana de 5-2-1917, cuyo artículo 123.XXIX, al tiempo que reconoce la utilidad pública de la Ley del Seguro Social, ordena incluir en la misma seguros de invalidez, vida, cesación involuntaria del trabajo, enfermedades y accidentes, y otros con fines análogos. Otro tanto acontece en la Constitución de Weimar de 11-8-1919, que establece la creación de «un sistema de seguros» que comprenderá «la conservación de la salud y la capacidad para

el trabajo, la protección de la maternidad, la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida» (art. 161).

- ✦ En el terreno de la *legislación*, son tres las piezas con rango de ley que ocupan un lugar destacado.
  - La primera de ellas surge durante la Primera Guerra Mundial y deriva de la Revolución de octubre de 1917 en Rusia. Bajo los auspicios del Estado socialista de economía planificada que se constituye en ese país, emerge un dispositivo considerado como precursor en el ámbito legal de los sistemas modernos de Seguridad Social. El Código de Trabajo ruso de 15-11-1922 instaura un sistema de esa naturaleza, introduciendo la cobertura sistemática de distintos riesgos sociales con financiación por parte del Estado, bien que inicialmente limitado en su campo de aplicación al excluir a los trabajadores agrícolas, colectivo que ocupaba a una gran parte de la población, lo que fue paliándose con el posterior proceso de industrialización acelerada al que el país quedó sujeto.
  - La segunda norma legal se inscribe en el marco de la profunda crisis financiera y económica desatada en Estados Unidos el 24-10-1929 y que se expande con rapidez al resto de mundo.

La respuesta que el Gobierno de Roosevelt articulará en ese país será el *New Deal*, un conjunto de medidas de política económica y social que inaugura en occidente el Estado de Bienestar mediante una reformulación de la versión más liberal del capitalismo, sometido así a una mayor heterorregulación y control por los poderes públicos y beneficiado indirectamente de un aumento del gasto social y de la redistribución de la renta, cuyo principal efecto, en cuanto aquí importa, se concretará en la necesidad de configurar un Sistema de Seguridad Social, tarea que se materializa en la *Social Security Act* del 14-8-1935. En el contexto de la época, esta norma supuso un avance indudable al uniformar en cierta medida la diversa legislación de los Estados federados e instituir prestaciones de desempleo, vejez y supervivencia, financiadas mediante cuotas de empleadores y trabajadores, lo que se completaba con medidas de asistencia social (ancianos y cargas familiares) y de prevención sanitaria. Sin embargo, la norma no encauzaba un verdadero Sistema de Seguridad Social. Básicamente por delimitar un reducido ámbito subjetivo de aplicación (se excluía, entre otros, a trabajadores agrícolas, autónomos o funcionarios, debiéndose esperar hasta 1950 para su ampliación en este aspecto), fijar prestaciones económicas de escasa cuantía y establecer un ámbito objetivo de protección incompleto, quedando al margen de su cobertura la enfermedad y la invalidez, salvo que derivaran de accidente de trabajo.

- ✦ La tercera norma legal, aunque más tardía, instaura un verdadero Sistema de Seguridad Social, que puede calificarse sin duda como el más avanzado de su tiempo y con proyección hacia el futuro. En este sentido, la ley neozelandesa de 14-9-1958, diseñará un sistema novedoso en contraste con las regulaciones abordadas hasta el momento por otros países en esta materia. Considerando la fecha en que se aprueba, dicha norma puede encuadrarse formalmente en esta etapa preliminar, pero, atendiendo a su contenido, debe ser inscrita con seguridad en la etapa expansiva de la Seguridad Social. Los rasgos que singularizan el sistema establecido por dicha norma se refieren al ámbito subjetivo de protección, configurado como universal (todos los ciudadanos, con la excepción de los inmigrantes que no cuenten con cierto tiempo de residencia), a la cobertura general de riesgos, a la duración indefinida de las prestaciones hasta que la situación de necesidad finalice (las de desempleo se abonan hasta que el trabajador haya encontrado empleo, las de enfermedad hasta el restablecimiento o hasta la declaración de invalidez con su correspondiente pensión...), y a la financiación mediante el cauce impositivo general y no a través de la cotización de empresarios y trabajadores.

b') Etapa propositiva

Se enmarca esta etapa en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, consecuencia, a su vez, de la crisis económica de 1929. En el contexto de esta situación conflictiva y de escasez de medios básicos de subsistencia para la mayoría de la población en que se tradujo la denominada Gran Depresión iniciada aquel año, el 20 de noviembre de 1942, y con el título de *Social Insurance and Allied Services*, se presenta en Gran Bretaña el informe elaborado por un comité interministerial, bajo la presidencia de William Beveridge y cuya realización le había sido encomendada en junio de 1941 por Arthur Greenwood, ministro del gobierno británico encargado de estudiar la problemática relativa a la reconstrucción nacional. Uno de los pilares de esa reconstrucción había de ser una adecuada y sistemática cobertura de los riesgos sociales.

Elaborado a partir de una revisión crítica del sistema británico de seguros sociales sobre la base de su insuficiencia y de su complejidad institucional, el Plan para la Seguridad Social recogido en el informe Beveridge se sustentaba en el objetivo de eliminar la miseria en Gran Bretaña y en hacerlo no sólo mediante el mero incremento de la producción, sino corrigiendo la distribución del producto, es decir, articulando medidas de cobertura social que actuaran como métodos para redistribuir la riqueza entre amplios estratos de la población. Para el logro de esa finalidad, el citado Plan incluía varios principios fundamentales:

- *Uniformidad*. Implica tres consecuencias básicas. En primer lugar, la agrupación de los distintos seguros sociales existentes mediante un tipo fijo y uniforme de cotización obligatoria, independientemente de los recursos del beneficiario, del grado de riesgo que le afecte y de la concreta forma del trabajo que desarrolle. En segundo término, la consideración uniforme de las formas y condiciones de las prestaciones, salvo en los casos en que la diferencia se justifique por la especificidad efectiva de la necesidad. En tercer lugar, la gestión administrativa pública unificada —a la sazón dispersa en distintos órganos y departamentos— de los seguros sociales en un Ministerio de la Seguridad Social, que incluiría no sólo los distintos seguros sociales, sino también la Asistencia Social nacional y la Ayuda familiar.
- *Universalidad subjetiva*. Propugna ampliar el número de personas objeto de protección, yendo más allá del ámbito profesional para alcanzar a todo ciudadano a través de los distintos mecanismos de cobertura de necesidades propuestos (Seguros Sociales, Servicio nacional de Salud, Asistencia Social nacional y Ayuda familiar).
- *Universalidad objetiva*. Propone la generalización del seguro social en sus distintas modalidades, de modo que no se deje ni a la asistencia social ni al seguro voluntario la cobertura de los riesgos que, por su carácter general o uniforme, justifique su inclusión en el seguro social, ya que ninguno de estos dos dispositivos complementarios alcanza a cubrir todo el espectro de necesidades. Pese a la relativa amplitud del sistema británico de seguros sociales existente a la sazón, el informe incorpora nuevas prestaciones en ese marco de aseguramiento público, tales como los gastos derivados del fallecimiento del asegurado o el subsidio de maternidad.
- *Adecuación prestacional*. Supone el ajuste de las prestaciones tanto en cantidad como en tiempo. Por ello, este principio procura, de un lado, la suficiencia de la prestaciones sin acudir a otros recursos complementarios, proporcionando «los ingresos mínimos necesarios para subsistir en todos los casos normales» (informe Beveridge), dejando no obstante espacio para el seguro voluntario. Y de otro, intenta acomodarse a la duración de la necesidad, incluso en los casos en que la misma no puede preverse con exactitud.
- *Financiación diversificada*. La diversificación conlleva, por una parte, que los seguros sociales se sufraguen mediante cotización obligatoria para el empresario y el trabajador, así como con la aportación del Estado en supuestos de déficit. Y, por otra, implica que las prestaciones dispensadas por la Asistencia Social y la Ayuda familiar corran a cargo del presupuesto estatal.

### c') Etapa expansiva

Bajo la cardinal inspiración de los principios recogidos en el informe Beveridge, así como de los objetivos perseguidos por la OIT en esta materia, el reflejo normativo de la idea de Sistema de la Seguridad Social se registra en los ámbitos internacional y comunitario, así como en los textos constitucionales de algunos Estados. Las manifestaciones más significativas de los referidos ámbitos se estudian al hilo de las fuentes supraestatales del Derecho de la Protección Social [Capítulo 2, II, A) y B)], ya que tales manifestaciones aparecen en su mayoría en normas vigentes. Por ello, aquí tan sólo se hará referencia a los textos constitucionales más relevantes en los que aquella expresión aparece de forma directa o se presume indirectamente.

Como acaba de señalarse, determinados *textos constitucionales* prestan acomodo a la Seguridad Social, advirtiéndose en los mismos una doble vía de recepción, indirecta y directa.

- ✦ En unos casos, la recepción es indirecta, bien en su entendimiento como ámbito material (Constitución luxemburguesa de 17-10-1868, art. 11.4; Constitución alemana de 23-5-1949, art. 74.1.12 y Constitución griega de 9-6-1975, art. 22.4), bien mediante el reconocimiento directo del derecho a la Seguridad Social (Constitución belga de 17-2-1994, art. 23.2 y Constitución portuguesa de 25-11-1992, art. 63.1).
- ✦ En otros supuestos, la incorporación es directa, con expresa mención de la Seguridad Social, ya sea en su formulación más acabada y en concordancia con el derecho a la protección institucional de la misma, como sistema (Constitución portuguesa de 25-11-1992, art. 63.2), ya sea como régimen (art. 41 CE), término también equivalente aquí a la noción de sistema.

### c) La Protección Social

A diferencia de lo que acontece en la anterior etapa de construcción de un Sistema de Seguridad Social, el diseño de un proyecto de Protección Social, como realidad institucional y normativa en construcción pero dotada de mayor amplitud y coherencia que el ofrecido por la Seguridad Social, surge únicamente en los ámbitos internacional y comunitario. Por el momento, esa emergencia no pasa de ser la aspiración a un nuevo modelo protector, bajo la finalidad de alcanzar el ideal de protección que el informe Beveridge reflejaba pero que no cuenta aún con el respaldo de regulaciones expresas por parte de los Estados en las que se aborde de forma estructural y sistemática aquel modelo, aunque éste ya se vislumbre de modo incipiente y disperso en las disposiciones que la mayoría de los ordenamientos dedican a la Seguridad Social.

Las sucesivas restricciones por las que atraviesa el empleo y el gasto social en la mayor parte de las economías de los países occidentales desde la década de los setenta, han ido acompañadas, desde distintos foros, de una crítica a los niveles de cobertura de la Seguridad Social, que se consideran insostenibles, lo que explica las dificultades existentes para que el mencionado diseño tome cuerpo en los ordenamientos estatales.

Frente a esta crítica —que refleja en gran medida los intereses de grandes compañías aseguradoras y de prestación de servicios sanitarios y sociales—, se advierte hace ya tiempo por la OIT que la denominada crisis de la Seguridad Social «no ha sido provocada principalmente por el paulatino aumento del número de pensionistas ni por la gradual aplicación de los avances tecnológicos de la medicina. Sus causas han sido sobre todo las menores tasas de desarrollo económico y el fuerte desempleo» (OIT, 1984). Consecuente con ese diagnóstico, en el terreno propositivo la OIT viene reconociendo la relevancia de «promover unas instituciones que faciliten la protección social» como uno de los objetivos estratégicos vinculados al trabajo decente (OIT, 1999), subrayando la específica necesidad de esa promoción en aquellos países en los que sólo una minoría de la población tiene acceso a los niveles básicos de protección social (OIT, 2010). Más recientemente y en búsqueda del mayor consenso posible, esta organización especializada de la ONU ha manifestado la necesidad de que los Estados miembros asuman el concepto de «Piso (suelo) de Protección Social», como el «conjunto integrado de políticas sociales diseñado para garantizar a toda persona

la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y capacitando a las personas a lo largo del ciclo de la vida» (OIT, 2011).

En el ámbito comunitario, la aspiración a un nuevo modelo de Protección Social se ha plasmado al más alto nivel normativo. El avance que supone esa concreción respecto de las fórmulas propositivas de la OIT a este respecto, se debe principalmente a la mayor facilidad para alcanzar acuerdos en la esfera de la UE, dado el más reducido número de Estados que la integran, así como al hecho de que los preceptos que recogen aquella aspiración se configuran con carácter finalista, sin que, por tanto, establezcan deberes normativos directos para los Estados. En este sentido, entre los objetivos de política social que en la esfera comunitaria establecen los artículos 136 TUE primero y 151 del TFUE después figura expresamente el dirigido a «una protección social adecuada». Esta formulación, al tiempo que retoma el «ideal de cobertura» de los riesgos sociales, traduce la finalidad compartida de avanzar hacia la progresiva implantación de ese tipo de protección en las prácticas y/o legislaciones de los Estados miembros, ensanchando los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Seguridad Social en el tratamiento de aquellos riesgos, para dar entrada a una más ambiciosa protección social de carácter cívico y de contenido generalista. Las previsiones normativas y los límites que para conseguir dicho objetivo contiene el TFUE se estudian en el lugar correspondiente [Capítulo 2, II, 2, A)].

## 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA

Al igual que se ha hecho con la precedente evolución general, conviene también aquí someter el análisis del periplo evolutivo del Derecho de la Protección Social en España a la distinción básica entre técnicas de carácter voluntario y técnicas de índole obligatoria, por iguales razones a las ya expuestas con anterioridad para aquella evolución (*supra* II, 1).

### A) Técnicas de carácter voluntario

No difiere esencialmente la protección social española en punto a la utilización de las técnicas de cobertura social de carácter voluntario respecto de las examinadas en la evolución general, salvo su mayor presencia en el tiempo. Así, el ahorro y la beneficencia presentan los rasgos y las carencias ya señaladas en la anterior evolución general, habida cuenta de las similares organización política y religiosa que, en términos generales, compartían las sociedades preindustriales europeas [*supra* II, 1, A)]. De modo específico, en el ámbito de la beneficencia operan *las Diputaciones de barrio*, reguladas en 1778 y extendidas en 1785 a todas las provincias, que dispensan protección pública a los colectivos menesterosos contra el paro, la enfermedad y la orfandad. En esa misma línea asistencial pública se mueven *las Juntas Municipales de Beneficencia* (Ley de 27-12-1821), cuyo carácter público no impedía que legalmente debiera formar parte de cada una el párroco más antiguo. Tenían asignadas principalmente funciones de informe, propuesta y control sobre la organización y funcionamiento de los establecimientos de beneficencia de su ámbito territorial. La Ley de 20-6-1849 declarará el carácter público de los establecimientos de beneficencia, si bien exceptuando los particulares sostenidos exclusivamente con fondos propios (art. 1), y, para auxiliar al Gobierno en la dirección de la beneficencia, ampliará la red de Juntas Municipales estableciendo la Junta General con sede en Madrid y las Juntas Provinciales en cada capital de provincia (art. 5).

Por lo que a la técnica mutualista se refiere, su principal diferencia con la utilizada en la evolución general puede apreciarse en la estructura que cobija sus diferentes formas organizativas y que, en síntesis, se articulan en torno a formas asociativas de carácter religioso y de signo laico. Las primeras se despliegan entre los siglos XI a XVI bajo la forma de *cofradías*, que a sus fines espirituales añaden con frecuencia objetivos de protección mutua y de asistencia (enfermedad, vejez, supervivencia...). No era infrecuente que se constituyeran a partir de los gremios, aunando así, a través de las Ordenanzas gremiales, el carácter profesional propio de los mismos y la ayuda mutua ante el desamparo material. Cercanas a las *cofradías*



se encuentran las *hermandades generales de socorros*, no vinculadas a los gremios aunque sujetas a tutela eclesiástica y que, a diferencia de las cofradías, atribuían a los asociados el derecho incondicionado a la protección.

En el ámbito de las asociaciones laicas con fines mutualistas destacan dos formas organizativas. De un lado, los *montepíos*, dotados de carácter oficial de mayor continuidad al disponer de subvención estatal y crearse para la protección social de actividades profesionales cualificadas (en especial, en el ámbito de la función pública, el Montepío Militar data de 1761), en tanto que los de índole particular tuvieron escaso recorrido al carecer de ese apoyo económico. La protección social que unos y otros dispensaban se ceñía a prestaciones de viudedad, orfandad, invalidez y vejez. De otro, las *sociedades de socorros mutuos*, que, frente a la limitación subjetiva de los montepíos, agrupaban a un mayor espectro de trabajadores bajo el criterio mutualista y la autorización y fomento de dichas sociedades en virtud de RO de 28-2-1839. Un cierto número de dichas organizaciones utilizaba al tiempo la cobertura de la sociedad mutua para actuar como incipientes sindicatos que canalizaban las reivindicaciones de carácter laboral, lo que determinó en estos casos la aplicación primero de las oportunas sanciones penales al considerarse sociedades secretas, prohibidas en cuanto asociaciones ilícitas (arts. 207 y 209 del Código Penal, aprobado por RD de 30-6-1850), y la consiguiente suspensión después de la citada norma de 1839 para aplicar a las sociedades de socorros mutuos las disposiciones sobre compañías mercantiles por acciones (RD de 25-8-1853). La Asociación Mutua de Tejedores de Algodón, constituida en Barcelona el 17-3-1840, es un ejemplo pionero de esta estrategia dual y de una sinuosa trayectoria que oscilaba entre la tolerancia y la prohibición, decidida esta última mediante RO de 9-12-1841, autorizada su actividad posteriormente «siempre que su objeto no sea otro que el filantrópico» (RO de 29-3-1842) y confirmada la anterior prohibición mediante bando del capitán general y jefe político de Barcelona de 16-1-1843.

Especial referencia debe hacerse en este apartado al seguro de accidentes de trabajo, implantado mediante Ley de 30-1-1900 y con influencia en la legislación posterior, entre otros aspectos significativos, a la definición de la contingencia, al ámbito de las prestaciones reconocidas (sanitarias y económicas) y a la sanción de recargo cuando el accidente derivaba del incumplimiento de medidas legales en materia de seguridad en el trabajo. El RD de 1-3-1906 reglamentará el Servicio de la Inspección de Trabajo, entre cuyas funciones figuraban las de control del cumplimiento de la citada Ley de 1900.

Aunque el referido seguro constituía un claro avance al establecer la responsabilidad objetiva del empresario, sin necesidad de que hubiera de acreditarse su intervención en la producción del accidente a título de culpa o negligencia, su insuficiencia más notable residía en la voluntariedad de asegurar la responsabilidad por parte del empresario, lo que podía suponer, en los casos de insolvencia o de elusión fraudulenta de tal responsabilidad, el incumplimiento de sus obligaciones en relación a las prestaciones sanitarias e indemnizaciones que la ley establecía a su cargo (arts. 4 y 5). Se trataba, por tanto, de un seguro facultativo, de carácter privado y contractual, pudiendo el empresario que decidiera formalizarlo concertarlo con una entidad mercantil, mutua o aseguradora pública, sin que el seguro admitiera por esta razón el calificativo de social. La posterior Ley sobre la materia, de 10-1-1922, aunque situada en el mismo terreno de la voluntariedad del seguro, mejoraba ciertos aspectos de la anterior, por ejemplo, permitiendo el aseguramiento colectivo y privado del riesgo a través de las Mutualidades patronales (art. 26), mantenía en efecto el carácter de seguro voluntario para el que tuviera por objeto los accidentes de trabajo pero incentivaba su concertación al eximir a dichas Mutualidades del pago de impuestos (art. 27) y creaba un «fondo especial de garantía» a cuyo cargo corría, con los límites establecidos, el «pago inmediato» de la indemnización no satisfecha por el empresario y motivada por la muerte o la incapacidad absoluta y permanente del trabajador (art. 28).

## B) Técnicas de carácter obligatorio

### a) Los Seguros Sociales

En la paulatina implantación de los Seguros Sociales deben distinguirse tres fases iniciales, la Restauración, la Dictadura de Primo de Rivera y la II República y una fase de ampliación de dichos Seguros desarrollada durante los primeros compases de la Dictadura franquista.

1.<sup>a</sup>) *La Restauración*. Las deplorables condiciones de trabajo a que estaba sometida la mayor parte de la población activa durante el último tercio del siglo XIX y el primero del XX, así como la progresiva creación de organizaciones sindicales (por ejemplo, la UGT en 1888 o la CNT en 1910), son, entre otros, factores primordiales que explican el abordaje por la legislación social española, bien que tardíamente en contraste con otros ordenamientos, de la regulación de los Seguros Sociales bajo la obligatoriedad legal que los caracteriza y distingue en esencia del seguro voluntario de riesgos sociales.

En la línea de otros ordenamientos, la España de la Restauración encara también una secuencia de gradual creación de seguros sociales con regulación propia y sin pretensión alguna de sistematicidad. La serie normativa tiene que vencer la resistencia del pensamiento conservador al aseguramiento obligatorio de los riesgos sociales. Renuencia que cuenta con un inmejorable ejemplo institucional en la Ley de 27-2-1908, de creación del INP, cuyo artículo primero centraba el primer objetivo del organismo en «difundir o inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro», tarea que debía regirse por el principio de «libertad subsidiada», en cuya virtud se correspondía de modo principal al Estado subvencionar la cuantía de dichas pensiones a través de un Fondo general de bonificación (art. 20), manteniéndose por tanto el carácter voluntario del aseguramiento.

Habría que aguardar más de un decenio para que se inicie la creación de algunos seguros sociales, al rebufo de los efectos de la Primera Guerra Mundial en España (creciente inflación y déficit del presupuesto estatal, consecuente movilización sindical que culmina en la huelga general de agosto de 1917), a los que se añaden factores internos derivados de la inestabilidad política evidenciada por la crítica regeneracionista al sistema caciquil de la Restauración y por las reivindicaciones profesionales y de carácter político del denominado sindicalismo militar (Juntas militares) al sistema de gobierno imperante. En ese contexto de crisis social y política, la «Conferencia técnico-social para la implantación de seguros sociales», celebrada en Madrid en octubre de 1917, supondrá el impulso inicial al surgimiento de los seguros sociales, ya que su finalidad será la de «proponer los medios más adecuados para la implantación de los seguros sociales con carácter obligatorio, en la forma gradual que sea garantía de su eficacia» (art. 1 del RDL de 29-7-1917, estableciendo la celebración de la Conferencia). Dos normas traen su causa de esa reunión, bien que con distinto alcance por lo que se refiere a la obligatoriedad del aseguramiento.

La primera articuló la creación del Retiro Obrero mediante el RD de 11-3-1919, instaurando por vez primera la obligatoriedad del denominado Seguro obligatorio de vejez (art. 1, base primera). La segunda, el RD de 18-3-1919 sobre el seguro de paro forzoso, no superará, sin embargo, el dintel de la «libertad subsidiada», pues, sobre la base de que «el seguro del paro forzoso no es cosa fácil ni puede improvisarse si hubiera que establecerse como función del Estado en España, donde careceremos de toda organización que pudiera adaptarse a tal objeto» (preámbulo), atribuía al Estado el deber de subvencionar el importe de las primas que recaudaran las sociedades mutuas obreras cuyo único y exclusivo objeto fuera dicho aseguramiento voluntario, u otras sociedades con diversos fines de previsión que establecieran una separación absoluta entre ingresos y gastos derivados del seguro de paro y los restantes riesgos asegurados (art. 1). Complementariamente, la ideología conservadora, contraria al sindicalismo que no contara con el beneplácito de la autoridad gubernativa, se reflejaba con claridad en esta norma al exigirse como requisito para que dichas sociedades aseguradoras pudieran tener derecho a la subvención que «se den las seguridades necesarias de que jamás puedan constituir fondos de resistencia» (art. 2), es decir, que no actuaran al tiempo como organizaciones sindicales encubiertas.

Especial mención debe hacerse del RD de 15-10-1919, merced al cual se establecerá la obligación por parte de las compañías de navegación y de toda entidad individual y colectiva propietaria de buques de «asegurar a las dotaciones de éstos contra los accidentes de mar» (art. 1), exceptuando así la general voluntariedad, ya señalada, que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 contemplaba para su aseguramiento. Con todo, la obligación de asegurar no era asumida todavía por el Estado, ya que el seguro podía contratarse con el Comité oficial de Seguros, con las compañías legalmente autorizadas o bien directamente con las propias dotaciones (trabajadores), sometiendo en este caso los contratos a la aprobación del citado Comité (art. 8).

2.<sup>a</sup>) *La Dictadura de Primo de Rivera*. La Dictadura primorriverista (1923-1930) no supondrá un avance significativo en el proceso de aseguramiento de los riesgos sociales. Sus principales logros en esta materia son escasos. De un lado, la sistematización de la normativa sobre accidentes de trabajo, a los que se dedica el Libro III del Código de Trabajo (RDL de 23-8-1926), manteniendo el principio de la responsabilidad objetiva empresarial (art. 145), pero sin alterar el criterio de la voluntariedad en su aseguramiento (arts. 180 y 182). De otro, el reconocimiento del carácter obligatorio del seguro de maternidad (RDL de 22-3-1929), con financiación tripartita del empresario, trabajadora y poderes públicos (Estado, Ayuntamientos y Diputaciones), desarrollando así la previsión del RDL de 21-8-1923 —dictado el mes anterior al golpe de Estado de Primo de Rivera— en el que se establecía un subsidio por maternidad con carácter provisional hasta tanto no se implantara dicho seguro.

En esta fase se encuadra asimismo la vía específica de protección social de los empleados públicos, civiles y militares: las Mutualidades de la Función Pública. Creadas a partir del siglo xviii, el Estatuto de Clases Pasivas, que el RD de 22-10-1926 aprueba, concede a los empleados civiles y militares del Estado y a determinados miembros de sus familias pensiones de jubilación, viudedad, orfandad y a favor de los padres.

3.<sup>a</sup>) *La II República*. El tratamiento de la protección social que realizará la II República se sitúa también en el ámbito de los seguros sociales, pero con un alcance más ambicioso, aunque inacabado a causa de la abrupta e ilegítima supresión del régimen republicano. Le cupo a dicho régimen el mérito de incorporar a la Constitución republicana de 9-12-1931, un programa de cobertura social que vinculaba el deber normativo de la República de asegurar a «todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna» con el mandato a la legislación social de regular «los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres... y especialmente la protección a la maternidad» (art. 46). Sobre la base de ese programa, se gestó una germinal idea del Sistema de Seguridad Social a través de una inconclusa «unificación de los Seguros Sociales, de modo que, según la Política de Previsión en España, se llegue al Seguro integral, en el que con una sola cuota patronal y obrera, más las bonificaciones y subvenciones del Estado... se ponga al cubierto del máximo de riesgos previsibles a todos los trabajadores a quienes la sociedad debe esa protección y el Estado esa justicia» (Preámbulo de la Orden de 10-5-1932, por la que se encarga al INP la preparación de un proyecto de Seguro de enfermedad y de unificación de Seguros Sociales). Como ese mismo Preámbulo señalaba, al margen del propósito unificador quedaba el Seguro de accidentes de trabajo (porque su objeto era asegurar la responsabilidad patronal) y el Seguro del paro (debido a la insuficiencia de estadísticas y estudios que permitieran su abordaje técnico).

Con todo, en el breve y proceloso espacio de tiempo en el que la República se desarrolló, pudo, no obstante, aprobar en esta materia normas relevantes, alguna incluso con anterioridad al texto constitucional. Entre ellas destacan:

- ✦ Los Decretos de 9 y 12 de junio y de 28 de agosto de 1931, que regulan los accidentes de trabajo en la agricultura.
- ✦ El Decreto-Ley de 8-10-1932, en cuya virtud aprueba el texto refundido sobre accidentes de trabajo, que establecía por vez primera su aseguramiento obligatorio y el principio de automaticidad en las prestaciones, merced al cual se considerará al obrero asegurado de derecho contra dicha contingencia aunque el patrono no lo estuviera (art. 38).



- El Decreto de 25-5-1931, que instauraba las bases sobre la previsión social contra el paro forzoso, creando a tal efecto en el seno del INP la Caja Nacional contra el Paro Forzoso (Base primera) con funciones, entre otras, de bonificar a las entidades que reconocieran a sus afiliados subsidios de paro y cumplieran las condiciones exigidas (Base sexta), prosiguiendo así esta norma con el mecanismo de la «libertad subsidiada» pero institucionalizando en un organismo público la gestión de los fondos destinados a dichas bonificaciones.
- La Ley de 13-6-1936, de Bases sobre enfermedades profesionales, que regulaba éstas por vez primera (hasta ese momento su protección se realizaba mediante su asimilación por la jurisprudencia al accidente de trabajo) y establecía el aseguramiento obligatorio contra los riesgos de incapacidad permanente o muerte derivados de las mismas (Base V).
- El Decreto de 4-12-1931, regulador del Reglamento para la imposición y efectividad de las sanciones por incumplimiento de los Seguros sociales obligatorios, atribuyendo el Decreto de 28-6-1935 a la Inspección de Trabajo funciones relativas a la observancia de la normativa reguladora de aquellos Seguros.

4.<sup>a</sup>) *La Dictadura franquista y la ampliación de los Seguros Sociales.* Al retraso secular que experimenta España en el plano industrial, se une el estancamiento socioeconómico que supuso la contienda civil desatada tras el golpe de Estado de julio de 1936 y que se prolongará durante gran parte de la Dictadura franquista, lo que, ciertamente, tiene su reflejo en materia de Seguridad Social. En el marco de tal situación posbélica, ese régimen político abordará la cobertura de los riesgos sociales como válvula compensatoria de la falta de libertad sindical y demás derechos y libertades fundamentales de los trabajadores. Contrapeso que la realidad socioeconómica del momento hacía por lo demás necesario, habida cuenta de las necesidades de reconstrucción material del país tras la guerra civil y del consiguiente interés político y socioeconómico en mantener y desarrollar la actividad productiva y la fuerza de trabajo que la acompañara, procurando desactivar al tiempo por esta vía la acción de las fuerzas sindicales y políticas ilegalizadas. Bajo esos parámetros, se abordará en un primer momento la ampliación cuantitativa de los Seguros Sociales obligatorios.

Dicha ampliación anclará su fundamento en el Fuero del Trabajo (Decreto de 9-3-1938), cuya Declaración X, 2, establecía que «Se incrementarán los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial, se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente». Ese mandato, que en realidad ya se contenía en el artículo 46 de la Constitución Republicana de 1931, se llevó a cabo de forma gradual y sólo parcialmente unitaria mediante la creación o reordenación de una serie de seguros sociales obligatorios, que se estructuran básicamente en torno a los trabajadores asalariados y por cuenta ajena, sin perjuicio de las disposiciones específicas que desarrollan el mutualismo para los funcionarios y estudiantes. En el marco de aquella estructura básica, se desenvuelve un amplio abanico de aquellos seguros, entre los que figuran:

- El Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares (Ley de Bases de 18-7-1938), posteriormente complementado mediante el «plus de cargas familiares» —que ciertas reglamentaciones de trabajo contemplaban—, y cuya finalidad última consistía en «reintegrar al hogar a las mujeres casadas que trabajan» (Orden de 19-6-1945).
- El Seguro obligatorio de Silicosis (Decreto de 3-1941).
- El Reaseguro obligatorio de los accidentes de trabajo en la industria con resultado de incapacidad permanente o muerte (Ley 8-5-1942).
- El SOE (Ley de 14-12-1942, sobre Seguro obligatorio de enfermedad); el Servicio de Seguro de enfermedades profesionales (Decreto de 10-1-1947), creado para su implantación progresiva dentro de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo del INP.
- El Seguro de accidentes de trabajo, cuya obligatoriedad mantiene el Texto Refundido que aprueba el Decreto 10-1-1947.

- El SOVI (Decreto de 18-4-1947, que contemplaba el Seguro de vejez e invalidez, a los que se añadió más tarde el Seguro de muerte, en regulación conjunta y a través del Decreto-Ley de 2-9-1955).
- Los Seguros sociales en la agricultura (Ley 10-2-1953).
- El Seguro Nacional de Desempleo (Ley 62/1961, de 22 de julio).

La ampliación del volumen de los Seguros Sociales contrastaba con la insuficiencia de la cuantía de las prestaciones. Ello explica que, como instituciones con finalidad suplementaria de esa cuantía y bajo la cobertura de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16-10-1942, se crearan las Mutualidades Laborales, encuadradas en la Previsión Social Obligatoria para los trabajadores por cuenta ajena, por ramas profesionales, bajo la dirección del Servicio de Mutualidades Laborales del Ministerio de Trabajo (Orden de 24-10-1946) y reglamentadas tardíamente (Decreto de 10-8-1954). Los beneficios del Mutualismo Laboral se extenderán después a los trabajadores autónomos, al considerarse que «pertenecen al sector económicamente débil y protegible por la Seguridad Social» (Decreto de 23-6-1960). El carácter obligatorio de estas Mutualidades Laborales las diferenciará esencialmente de otras entidades de previsión social, también sin ánimo de lucro pero constituidas sobre la base de la libre asociación (Ley de 6-12-1941, de Montepíos y Mutualidades de Previsión Social Voluntaria).

## b) La Seguridad Social

1.<sup>a</sup>) *Fase de transición (1963-1978)*. Dando por concluida la etapa de ampliación de los Seguros Sociales, el régimen franquista se propone configurar, bajo determinadas directrices, un Sistema de Seguridad Social, que en la práctica quedará lejos de culminarse. Esa tarea se acometerá mediante la LBSS invocando para ello un diverso fundamento jurídico. En primer lugar, apelando a la citada Declaración X, 2 del Fuero del Trabajo en la que, como se ha visto, ya se contemplaba la aspiración a implantar un seguro total, expresión en la que se ha visto el deseo de aunar la vertiente de universalidad objetiva en la protección con la faceta funcional del seguro único. En segundo término, concretando ese deseo en una doble dirección, en la que ya se distingue, desde el plano social, el ámbito del aseguramiento del propio de la asistencia. De un lado, reconociendo a los trabajadores «el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social» (art. 28 del Fuero de los Españoles de 17-7-1945). De otro, afirmando que «Todos los españoles tienen derecho... a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales» (principio IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17-5-1958).

Desde tales soportes normativos, la pretensión de la LBSS de «operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un Sistema de Seguridad Social» (Preámbulo, I), se apoyará en ciertas directrices o principios, algunos expresamente formulados (EM, I, 2) y otros extraíbles de la regulación básica que la norma aborda, reveladores unos y otros, ciertamente, de un designio de cambio pero que en su mayor parte queda lejos de lograrse en la Ley, estando aún pendientes de alcanzarse de forma plena. Se consideran seguidamente los más significativos:

- *Tendencia a la unidad*. La misma formulación de este principio ya revela que la norma no pretende establecerlo de inmediato, sino a lo largo de un proceso cuyo término final ni siquiera se insinúa. Algunas de las manifestaciones de aquél en la propia norma atestiguan esa finalidad. Así sucede con el consecuente principio de unidad de gestión, frustrado de inicio al admitirse en la propia norma dos quiebras del mismo. Por un lado, la existencia de Regímenes Especiales junto al Régimen General, que no se supera con la sola afirmación de que todos ellos responden «a una misma concepción y a principios homogéneos» (EM, I, 3 y Base Tercera) y de que en la regulación de los primeros «se tenderá a la paridad de derechos y obligaciones con el régimen general» (Base Tercera, 11). Adicionalmente y a fin de evitar un incremento en la disgregación del sistema al que se quiere llegar, se permite la creación de sistemas especiales, aunque tan sólo

dentro del Régimen General (Base Tercera, 12). Por otro, la institucionalización de entidades privadas, que actúan como Entidades Gestoras de la Seguridad Social: las empresas, las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y las Mutualidades Laborales, admitidas estas dos últimas bajo la doble finalidad de «acabar con el criterio discriminatorio en la cobertura de los siniestros... y con el encarecimiento de la gestión misma», si bien se prohíbe, con fundamento, que en su actuación persigan el ánimo de lucro (EM, I, 5 y Base Decimotercera, 69, 72, 73 y 74).

La unidad concebida tan sólo como tendencia se confirma con el principio de consideración conjunta de las situaciones o contingencias protegidas (EM, I, 6 y Base Primera, I, 1), que queda desmentido ante la pervivencia de la dicotomía contingencias comunes y contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Lo propio sucede al admitirse que se exceptúe para las contingencias profesionales el tipo único de cotización a la Seguridad Social, regidas así por sus específicas tarifas de primas (Base Decimotercera, 57).

- *Universalidad subjetiva.* Como ya se estudió, principio propio de un Sistema de Seguridad Social en la formulación de Beveridge es el de extender su acción protectora al conjunto de la ciudadanía. La LBSS no abriga esa pretensión, aunque invoque como uno de sus fundamentos (EM, I, 1) el derecho de todos los españoles a los beneficios de la Seguridad Social que contempla, como también se señaló, la Ley de Principios del Movimiento Nacional (principio IX). Porque su alcance real es más modesto, limitándose a generalizar su acción protectora, por un lado, «a la población activa en su conjunto», esto es, a los trabajadores asalariados y por cuenta propia, a ciertos trabajadores extranjeros, y, por otro, a los estudiantes (EM, I, 1 y Base Segunda). Estos mismos colectivos, junto a sus familiares y asimilados, también pueden obtener los beneficios de la Asistencia Social (Base Decimosexta). Por tanto, pese al mayor alcance que en esta norma tiene el campo de aplicación de la protección social, el mismo no llega a cubrir a todos los ciudadanos.
- *Universalidad objetiva.* La regulación de las prestaciones, económicas y asistenciales que realiza la LBSS, dispensa un tratamiento diferenciado en razón de la plural estructura gestora y del binomio básico en que clasifica las contingencias. De aquí que las diferencias en la protección subsistan, de un lado, entre Régimen General y Regímenes Especiales y, de otro, entre contingencias comunes y contingencias profesionales.
- *Adecuación prestacional.* Insuficiencia notoria de la norma a este propósito es la que establece la cotización sobre bases tarifadas (Base Decimotercera, 57), que, aunque se configuran con carácter homogéneo por categorías profesionales, no obedecen a salarios reales y, por ello, tienen incidencia negativa en el cálculo de las correspondientes prestaciones económicas, situando sus cuantías en promedios bajos.

El desarrollado Texto Articulado de la LBSS, que llevó a término el Decreto 907/1966, de 21 de abril, no modificó sustancialmente el estado de cosas que acaba de describirse en cuanto al desenvolvimiento de los principios establecidos en aquélla, manteniéndose por tanto las insuficiencias ya señaladas en el marco de un proceso de cambio en el que las realizaciones prácticas continuaron a considerable distancia de aquellas directrices. Igual sesgo continuista se aprecia en la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social, excepto en lo relativo al establecimiento del relevante principio de cotización sobre los salarios realmente percibidos («remuneración total» del trabajo por cuenta ajena: art. 2), del que se siguen efectos positivos, tanto para el saneamiento de los recursos de la Seguridad Social como para el incremento de las prestaciones económicas, unificando en este punto el tratamiento de la cotización con las contingencias profesionales y sustituyendo por tanto el anterior mecanismo de bases tarifadas.

Tampoco alteró en esencia la situación existente a la sazón la LGSS-74, dictada en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la Ley 24/1972 y bajo el propósito de refundir esta última

con el Decreto de 21-4-1966 y otras normas y preceptos en materia de Seguridad Social. Ciertamente, la LGSS/74 utiliza la expresión «Sistema de la Seguridad Social» en distintos pasajes, pero es también consciente de que esta formal opción sistemática está todavía en gestación, al señalar «la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación» de dicho Sistema (art. 10.5). Conciencia sí pero harto debilitada en la propia norma, que, siguiendo sus inmediatos precedentes, estructura la composición del sistema en Régimen General y Regímenes Especiales, permite, en cláusula abierta de la mayor amplitud, que a los once que de estos últimos enumera puedan añadirse los que determine el Ministerio de Trabajo por considerarlo necesario (art. 10.2), advierte que en la regulación de dichos Regímenes Especiales se tienda, bien a la homogeneidad a secas con el Régimen General (cuando se trate del Régimen Especial de los funcionarios) o bien a la máxima homogeneidad para los restantes no comprendidos en la citada enumeración (art. 10.3 y 4) y, en fin, amplía la posibilidad establecida en la LBSS y en el Decreto 907/1966 para la creación de sistemas especiales únicamente dentro del Régimen General, a «aquellos Regímenes de la Seguridad Social que así resulte necesario», lo que incluye, claro es, a los Regímenes Especiales, si bien la especialidad de tales sistemas queda acotada al encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación (art. 11).

El cardinal principio de unidad hacia un Sistema de Seguridad Social que persiguen las normas aprobadas en esta fase de forma más nominal que real, recibe un claro impulso en el ámbito organizativo con el Decreto-Ley 36/1978, de 16 de diciembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, que procede a fusionar el INP y las Mutualidades Laborales en el INSS y a crear la estructura de Entidades Gestoras de la Seguridad Social (art. 2), reintegrando a la Administración del Estado determinados organismos que dejan de pertenecer a la Seguridad Social (por ejemplo, el Servicio de Empleo o el Servicio Social de Seguridad e Higiene en el Trabajo: art. 4).

2.<sup>a</sup>) *Fase de constitucionalización y desarrollo.* Con la CE y su desarrollo legal mediante la LGSS primero y el TRLGSS después, la LAPAD y la regulación autonómica de la Asistencia Social externa al Sistema de la Seguridad Social, tiene lugar por vez primera la constitucionalización del Sistema de Seguridad Social y, al tiempo, la paulatina construcción por la doctrina científica de la Protección Social con la doble vertiente ya señalada en su momento (supra I, 1). De un lado, la Protección Social Pública, como núcleo principal y básico, comprensivo del Sistema de la Seguridad Social (TRLGSS), los Sistemas de Asistencia Social autonómica (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE) y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (LAPAD). De otro, la Protección Social Privada, que abarca medidas de carácter complementario y accesorio respecto de aquella otra. El estudio de ambas vertientes se aborda en el siguiente capítulo desde la perspectiva de las fuentes del Derecho de la Protección Social (Capítulo 2, I, 1 y 2).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Hacia el Derecho de la Protección Social», en LÓPEZ, LÓPEZ, J. (coord.): *Seguridad Social y Protección Social: temas actuales*, Madrid, 1996.
- DURÁN, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, 1991.
- LORD BEVERIDGE (INFORME): *Seguro Social y servicios afines*, MTSS, Madrid, 1989.
- SUÁREZ CORUJO, B.: *Introducción al Derecho de la Protección Social*, Valencia, 2006.

### II. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La Seguridad Social en España*, Pamplona, 1999.
- «Los orígenes de la Seguridad Social en España», en VVAA: *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, MTAS, 2001.
- ALONSO OLEA, M.: *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social*, Barcelona, 1963.
- CARR, R.: *España 1808-1939*, Barcelona, 1970.
- DURÁN, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.
- GARRIDO, F.: *Historia de las clases trabajadoras. IV. El trabajador asociado*, Madrid, 1973.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: «Seguridad Social versus protección social», *Actualidad Laboral*, n.º 13/1995.
- JUTGLAR, A.: *La era industrial en España*, Barcelona, 1963.
- MONTOYA MELGAR, A.: «La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica», *RT*, n.ºs 54-55/1976.
- OIT: *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000. Informe presentado al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la seguridad social de los países industrializados frente a los cambios económicos y sociales*, Ginebra, 1984.
- *Memoria del Director General sobre el Trabajo Decente, Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión*, Ginebra junio de 1999.
- *Informe Mundial sobre la Seguridad Social 2010-2011: Brindar cobertura en tiempos de crisis y después de la crisis*, Ginebra, 2010.
- *La seguridad social y la primacía del Derecho. Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, 2011.
- *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva. Informe del grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, convocado por la OIT con la colaboración de la OMS*, Ginebra, 2011.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995.
- VIDA SORIA, J.: «¿Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia», *AL*, n.º 12/2008.
- VILLARES, R., y MORENO LUZÓN, J.: «Restauración y Dictadura», en FONTANA, J., y VILLARES, R. (dirs.): *Historia de España*, vol. 7, Barcelona, 2009.
- VON MAYDELL, B.: «El porvenir de la Seguridad Social», *RIT*, n.º 4/1994.
- VVAA: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.





## CAPÍTULO 2.

### FUENTES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Habiéndose establecido en el capítulo anterior una clasificación del Derecho de la Protección Social sobre la base del carácter público o privado de la misma, en este capítulo se examinan las fuentes de ese sector del ordenamiento y su aplicación, atendiendo con mayor detenimiento a la protección social pública, por constituir ésta el eje vertebrador de los tres sistemas que integran aquel Derecho. Tal eje permite reconocer y garantizar derechos esenciales de ciudadanía, refractarios a su tratamiento mercantil mediante la protección social privada, a salvo de su mejora desde una sólida, extensa e intensa protección social pública inherente al Estado social de Derecho.

#### I. FUENTES ESTATALES

##### I. LA CONSTITUCIÓN: EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL

El texto constitucional establece un modelo relativamente abierto de protección social (STC 37/1994) en cuanto a su alcance, estructura y contenido, lo que afecta a cada uno de los sistemas que la componen, aunque éstos no se hallen formalmente integrados en dicha protección. No obstante, la matizada apertura del modelo no equivale a una mera declaración de intenciones, puesto que los artículos 41 y concordantes de la Ley Fundamental permiten distinguir con suficiente claridad los principios esenciales sobre los que dicho modelo se alza en la propia CE y ha de ser desarrollado por la ley ordinaria. El conjunto de tales principios se proyecta sobre una estructura dual que el Código Básico traza en el propio artículo 41, lo que posibilita establecer la distinción nuclear entre la protección social pública y la protección social privada.

##### *A) Protección Social Pública*

Verdadero centro de gravedad del Derecho de la Protección Social, la de carácter público se articula, como ya se estudió (Capítulo 1, I, 1), a través de un triple sistema normativo e institucional: el Sistema de la Seguridad Social, el Sistema de Asistencia Social Autonómica y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Los principios constitucionales que informan estos Sistemas son comunes a todos ellos, aunque presenten manifestaciones específicas en función de la finalidad y contenido de cada Sistema.

La identificación del modelo constitucional de protección social en su vertiente pública a través de dichos principios resulta de una interpretación integradora del artículo 41 CE en relación con los preceptos constitucionales más directamente vinculados al mismo: los artículos 39, 40, 42, 43, 49 y 50. Como es frecuente en una norma constitucional, tal modelo aparece en la CE con un carácter relativamente abierto, sin que ello signifique que el legislador disponga de un ámbito irrestricto para su configuración. En este sentido, hay que tener en cuenta que los mencionados preceptos están emplazados en el marco de los principios rectores de la política social y económica (título I, capítulo III CE), cuyo reconocimiento, respeto y protección no puede tomarse a beneficio de inventario, sino que, imperativamente, deben informar la legislación vigente, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos conforme al mandato que al efecto recoge el artículo 53.3 CE.

a') *Principio de solidaridad*. Se trata de un principio cardinal sobre el que pivota la protección social pública. Por tanto, no sólo el Sistema de Seguridad Social (art. 41 CE), respecto del que ya se predicaba para la transición al mismo en la LBSS (Preámbulo I, 1), sino también, desde el plano constitucional, los Sistemas de Asistencia Social Autonómica y de la Autonomía y Atención a la Dependencia están sujetos a dicho principio, sobre la base del principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE).

Es evidente que los artículos 41 y 9.2 CE no contemplan el principio de solidaridad de modo expreso, pero sin duda lo incluyen tácitamente si se advierte que la protección social pública actúa como mecanismo de redistribución de la renta personal y que los poderes públicos deben promover «las condiciones favorables para el progreso social y para una redistribución... personal de la renta más equitativa» (art. 40.1 CE), tarea canalizada, entre otros cauces institucionales, a través de la protección social, que encuentra así genérico fundamento en la calificación del Estado como social (art. 1.1 CE).

La consideración de la solidaridad como principio rector de la protección social presenta, en ese marco normativo, una doble manifestación. De un lado, y en primer lugar, una vertiente individual, expresiva de que el principio de solidaridad está, ante todo, al servicio de la dignidad del ser humano en cuanto «valor moral y espiritual inherente a la persona» (STC 53/1985) y en calidad, asimismo, de principio constitucional (SSTC 213/1988 y 192/2003), con soporte ambos al máximo nivel normativo, en el artículo 10.1 CE. En materia de protección social, el principio de la dignidad de la persona actúa, a su vez, en un doble plano. Primero, en el plano regulador, en el que aparece estrechamente vinculado con otro principio instrumental al mismo pero de pareja importancia: el principio de igualdad sustancial (art. 9.2 CE), que, en cuanto aquí importa, constituye el fundamento constitucional del «principio pro beneficiario», imprimiendo a las normas de protección social, en la fase de su elaboración, una finalidad tuitiva de todos los beneficiarios encuadrados en cada uno de los sistemas que integran dicha protección, de modo que la dignidad del beneficiario se preserva atendiendo a la profunda exigencia transformadora que requiere la igualdad sustancial. Y segundo, en el plano de la interpretación de dichas normas, cuya operatividad práctica ha sido subrayada con firmeza por la doctrina constitucional cuando se refiere a «los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse inexcusablemente, cualquier norma de Derecho...» (STC 192/2003).

De otro lado, el referido principio ofrece una vertiente colectiva, en cuya virtud y a modo de ejemplo, tal principio resulta lícitamente aplicado por la ley, en relación con los pensionistas de la Seguridad Social, «cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención...a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse» (STC 134/1987, en semejante sentido STC 208/1988). O bien, en ejemplo paradigmático, cuando se instaura la solidaridad financiera, ya sea mediante el derivado principio de unidad de caja del Sistema de la Seguridad Social cancelando la multiplicidad de entidades y regímenes que lo frustraban, ya sea mediante la técnica del reparto con arreglo a la cual las prestaciones contributivas de dicho sistema se financian, en un elevado porcentaje, con las cotizaciones de empresarios y trabajadores que anualmente se consignan en los Presupuestos de la Seguridad Social (LGSS arts. 109.1, b) y 110.1TRLGSS).



Cuestión distinta, aunque relacionada con lo anterior, es la que concierne a la idoneidad de las cotizaciones sociales, en cuanto mecanismo de naturaleza contributiva, para allegar una parte de los recursos con los que hacer frente a las prestaciones contributivas. Sin perjuicio de que corresponda al legislador ordinario determinar aquella idoneidad, la alternativa preferible apunta a la financiación del conjunto de las prestaciones de la protección social, contributivas y no contributivas, mediante impuestos encuadrados en el sistema tributario general, siempre, claro está, que éste responda a los principios de progresividad y equidad que derivan del artículo 31.2 CE. Cuando menos, esta alternativa cuenta con varias razones de peso a su favor, dejando al margen su aplicación en algunos países de la UE. En primer lugar, sería más coherente con la inexistencia de un criterio de sinalagmaticidad entre cuota y prestación contributiva, señalado por la doctrina constitucional. En segundo término, quedaría inoperante el argumento del excesivo gravamen que implican las cotizaciones sociales para la creación de empleo. En tercer lugar, si tales cotizaciones dejaran de aplicarse como mecanismo de financiación se evitaría la reproducción, al menos por este cauce, de la estratificación social, dado que las prestaciones contributivas de índole económica más numerosas (pensiones y desempleo) tienen como punto de referencia último de su cálculo los salarios realmente percibidos, bien que con la fijación de ciertos topes que pretenden favorecer el principio de solidaridad. En cuarto lugar, la utilización del sistema tributario general sería también compatible con el establecimiento de un fondo de reserva, semejante al que ya existe para la Seguridad Social, como dispositivo de provisión al que recurrir en las fases depresivas del ciclo económico con su cortejo de reducción de la actividad productiva y de la recaudación de impuestos.

Ambas vertientes, colectiva e individual, interactúan entre sí, ya que la dotación de contenido de la dignidad de la persona se sustenta en una comunidad solidaria y real de intereses de los sujetos beneficiarios de la protección social, una suerte de empatía jurídico-social constitucionalizada que se proyecta sobre los restantes principios informadores del modelo de protección social, como seguidamente ha de verse.

b') *Principio de publicación.* El concluyente mandato recogido en el artículo 41 CE, en cuya virtud los poderes públicos «mantendrán un régimen público de Seguridad Social» (art. 41 CE), significa, por lo que ahora interesa, la exclusiva titularidad y preeminente gestión públicas del Sistema de la Seguridad Social. Ese significado también alcanza a los dos restantes Sistemas que integran la protección social pública. De un lado, al Sistema de Asistencia Social Autonómica, con fundamento en el artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE, que atribuye la competencia exclusiva en dicha materia a las CCAA. De otro, al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con soporte parcial en los artículos 49 y 50 CE (EM, 2 LAPAD), que contienen asimismo mandatos dirigidos a los poderes públicos en materia de protección social de discapacitados y pensionistas, y basamento de mayor amplitud en el artículo 9.2 CE en relación con el mandato, destinado también a los poderes públicos, para la efectividad del principio de igualdad sustancial.

La atención de la doctrina constitucional se ha centrado en el artículo 41 CE dado su carácter medular en el modelo constitucional de protección social. Y es precisamente este carácter central, el que permite considerar dicho precepto como referente y paradigma de los tres Sistemas que integran dicho modelo. Situados en esta perspectiva, aquel precepto enmienda a los poderes públicos «una función protectora de titularidad estatal» (SSTC 103/1983 y 65/1987), lo que significa que el precepto en cuestión «consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador... de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (SSTC 32/1981, 26/1987 y 128/2009).

El principio de publicación así entendido comporta distintas consecuencias. Dos principales han de traerse a colación. En primer lugar, el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, esto es, de un régimen de protección social sometido a la titularidad, gestión, jurisdicción y control de los poderes públicos competentes en el ámbito territorial del Estado. Como sucede en otras materias propias del Estado social y aunque no exista acuerdo unánime en la doctrina, la ley entiende compatible este pro-

tagonismo estatal con formas de participación privada en la gestión (por ejemplo, Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo o los cuidadores profesionales privados para la atención a la dependencia), siempre que éstas no supongan en ningún caso desapoderamiento de la garantía institucional sobre la protección social, que sólo al Estado compete en su núcleo básico, lo que evidencia la convicción del constituyente de que la protección social de los ciudadanos no puede ser objeto de negocio privado, sino de servicio público estatal. En términos de la doctrina constitucional, «Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen... Desde esta perspectiva, el carácter público del Sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél» (SSTC 37/1994 y 129/1994). Sin embargo, queda pendiente en la doctrina constitucional la necesaria tarea de delimitar, más allá del caso concreto enjuiciado, el alcance de esa importancia relativa de las fórmulas de gestión y responsabilidad privadas, pues se trata de una noción jurídicamente indeterminada que podría propiciar el paulatino e inconstitucional vaciamiento de la función estatal en materia de protección social.

En segundo lugar, la recepción en el artículo 41 CE de aquella función estatal, que se lleva a cabo «rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal» (SSTC 103/1983 y 128/2009). Se admite con ello la existencia de un modelo mixto de protección social, en una doble vertiente.

De un lado, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones, puesto que pueden coexistir en ese modelo tanto las contributivas como las no contributivas o asistenciales, como efectivamente sucede. De otro, considerando la estructura de la protección, que en el citado precepto se bifurca en dos niveles. Un nivel público obligatorio (cuyo mantenimiento exige el art. 41 CE), que incluye las dos clases de prestaciones señaladas y que, en el referido precepto, se concibe como básico o fundamental —de ningún modo como mínimo de subsistencia, si por tal se entiende el «límite inferior o extremo a que se puede reducir algo»—, dado que la asistencia y prestaciones sociales han de ser suficientes, de forma que, a tenor de la doctrina constitucional, la conciencia social pueda reconocerlas en cuanto tales en el marco de un Estado social garante del desarrollo de la acción protectora social pública. Y un nivel privado, que ha de tener carácter voluntario («libre» en la terminología del art. 41 CE), configurado en este precepto como complementario con la indudable finalidad de contraponerlo al nivel público básico, pero sin que deba olvidarse que en este nivel público también existen prestaciones complementarias y, en tal condición, no calificables como básicas (por ejemplo, la asistencia social interna del Sistema de Seguridad Social: 42.2 TRLGSS).

c) *Principio de universalidad subjetiva.* Los principios de solidaridad y de igualdad sustancial (art. 9.2 CE) permiten sustentar, a su vez, el principio de universalidad subjetiva de la protección social, con inclusión, por tanto, de los tres Sistemas que lo integran. De modo específico para el Sistema de la Seguridad Social, en el artículo 41 CE se efectúa el tránsito desde un conjunto de seguros sociales a una Seguridad Social de signo universal bajo el punto de vista de sus beneficiarios, puesto que el ámbito subjetivo de protección se extiende en el artículo 41 CE a «todos los ciudadanos». Ello significa que la protección no se obtiene en exclusiva a partir de una previa relación profesional de carácter contributivo, sino que, sobre la base del ideal de cobertura formulado por W. Beveridge, todo ciudadano puede acceder a aquella protección cuando se encuentre en determinadas situaciones de necesidad que corresponde delimitar al legislador ordinario pero sin perder de vista el mandato constitucional.

El artículo 41 CE utiliza una noción amplia de ciudadanía, equivalente a ciudadanía social, no ceñida exclusivamente al concepto jurídico de la nacionalidad, dándose cabida en ese ámbito protector a los extranjeros, bajo ciertos condicionantes que la ley también debe precisar. Pero en las determinaciones legislativas que a este propósito se realicen no puede desconocerse el mandato constitucional de universalidad subjetiva del régimen público de protección social que, aunque haya de implantarse progresivamente con arreglo a las circunstancias económicas y sociales, tampoco es posible posponerlo de forma indefinida,

especialmente respecto de algunas prestaciones, como sucede con el derecho a la salud (art. 43.1 CE) que exige una protección actual e integral habida cuenta del bien jurídico básico y primario que tal derecho tutela.

d') *Principio de generalidad objetiva*. Procuran también a este principio fundamento constitucional los principios de solidaridad y de igualdad sustancial (art. 9.2 CE) de la protección social, lo que incluye los tres Sistemas que lo integran. El referente básico para todos ellos continúa siendo, asimismo, en este ámbito objetivo, el Sistema de Seguridad Social. La garantía de la protección social pública que el artículo 41 CE diseña en relación a dicho Sistema, actúa «ante situaciones de necesidad». Aparecen así estas situaciones como el dato primario sobre el que se erige aquella protección, siendo secundaria la causa que provoca la situación, aunque no, desde luego, indiferente en todos los casos. Dos precisiones deben hacerse a este respecto.

En primer lugar, la utilización del plural para aludir a las situaciones de necesidad releva de inmediato que en el referido precepto no existe una sola y genérica que pueda provocar la acción protectora, pero que, no obstante la casuística, la variedad de situaciones es reconducible a dos grandes grupos de situaciones de necesidad: la que deriva de un exceso de gastos (por ejemplo, por una enfermedad) o la originada por un defecto de ingresos (por ejemplo, por una incapacidad para del trabajo).

En segundo término, que la causa generadora de la situación de necesidad, técnicamente la contingencia, cumple la función de perfilar la razón específica que aboca a la situación de necesidad protegida, pero lo hace únicamente en las prestaciones contributivas. Y ello es así, porque para determinar la situación de necesidad se parte inicialmente de una doble presunción, no contemplada expresamente en la norma pero inferible sin esfuerzo de la regulación existente en la materia, que, a su vez, atiende a la distinta naturaleza de las prestaciones en el modelo mixto de protección social que la CE contempla. Por un lado, el reconocimiento de las prestaciones contributivas, configuradas como rentas de sustitución de la actividad profesional, se obtiene en virtud de situaciones de necesidad presuntas, que el beneficiario no debe probar (por ejemplo, defecto de renta por enfermedad), al margen por tanto de que disponga o no efectivamente de otras rentas suficientes y sin perjuicio de que sí haya de acreditar el hecho causante de la situación (en el mismo ejemplo anterior, parte médico oficial de baja por enfermedad). Por otro lado, el acceso a las prestaciones no contributivas, concebidas como rentas de compensación, se realiza merced a situaciones de necesidad reales, que en este caso se unifican en una sola, la carencia de ingresos, absoluta o parcial insuficiente, que el beneficiario debe probar para obtenerlas, porque no ha cotizado al sistema público de protección o lo ha hecho por debajo de lo exigido. En este segundo caso, la causa que determina la situación de necesidad es indiferente, ya que la prueba de la necesidad se ciñe a acreditar la situación de necesidad con independencia de la razón que la haya provocado.

e') *Principio de suficiencia protectora*. El alcance protector de los principios de solidaridad e igualdad sustancial (art. 9.2 CE) llega también con este principio a los Sistemas que componen el modelo constitucional de protección social. No obstante, el Sistema de Seguridad Social sigue teniendo un papel protagónico respecto del principio de suficiencia protectora instaurado en el artículo 41 CE mediante la garantía pública de la «asistencia y las prestaciones sociales suficientes». Ciertamente, la indeterminación del precepto en este extremo supone que el derecho de los ciudadanos a la acción protectora social es «de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (SSTC 65/1987 y 126/1994). Libertad que incluso se ha calificado como amplia (STC 88/1991), en adjetivación aventurada que podría dar pábulo a una degradación legislativa de dicha suficiencia. Con todo, esa libertad de configuración no es irrestricta, ya que las mencionadas circunstancias deben valorarse principalmente a la luz de los principios constitucionales de solidaridad y de dignidad de la persona, que actúan en este terreno como límites infranqueables para el legislador ordinario. Nótese que esta doctrina

constitucional admite la modulación de la acción protectora pero en modo alguno su ablación o deterioro por debajo del umbral objetivo que permite mantener una vida digna, lo que significa que la ley puede acomodar el contenido de dicha acción incrementando o reduciendo los niveles de cobertura, pero no sobre la única base de la sostenibilidad económica del sistema de protección de que se trate, sino teniendo en cuenta en todo caso la decisiva función de cohesión y progreso social que dichos principios cumplen en el ordenamiento constitucional. La propia doctrina constitucional así lo reconoce indirectamente al calificar la suficiencia protectora que establece el artículo 41 CE como «indisponible limitación» (STC 65/1987). Criterio limitativo de mayor garantía que el sostenido por algún sector de la doctrina científica al afirmarse que la única irregresividad prohibida a este respecto sería aquella que desarbolara un régimen público de Seguridad Social y lo traspasara al sector privado; parecer doctrinal que, de admitirse, despojaría a los poderes públicos de la función protectora que, en cuanto garantía institucional, encuentra su principal fundamento en el artículo 41 CE y vaciaría su contenido con manifiesta inconstitucionalidad. Piénsese, a modo de ejemplo, en el paulatino deterioro que experimenta la prestación de asistencia sanitaria, sin llegar a la desaparición del Sistema de la Seguridad Social en la que se encuadra, cuando las operaciones de gravedad se posponen en plazos inhabituales y dilatados con aumento del riesgo para la salud del paciente y bajo el principal argumento de la necesaria reducción del déficit que aqueja a los presupuestos públicos.

### B) Protección Social Privada

Como ya se ha señalado, en el modelo constitucional de protección social tiene también cabida la de carácter privado. Su encuadramiento en dicho modelo se realiza merced a lo dispuesto al efecto en el artículo 41 CE, *in fine*, en el que se afirma que «La asistencia y las prestaciones complementarias serán libres». A este respecto, y en plano constitucional, deben hacerse las siguientes precisiones.

En primer lugar, que al situarse la cláusula transcrita en el ámbito de la protección social privada, no resultan aplicables a la misma, ninguno de los principios constitucionales anteriormente estudiados, al regir éstos de modo exclusivo en el ámbito público de dicha protección. La única excepción a esta regla se refiere a determinados aspectos del régimen jurídico de las mejoras voluntarias internas al Sistema de la Seguridad Social (véase *infra* III, 1). En segundo término, que el carácter complementario de la acción protectora con el que se califica la misma en dicho precepto debe entenderse en un sentido estricto, comprensivo sólo de prestaciones que desarrollen el nivel básico y obligatorio de protección pública y de ningún modo que lo sustituyan, pues ello conculcaría el modelo constitucional de Seguridad Social (art. 41 CE). En tercer lugar, que la iniciativa privada libre puede operar tanto a nivel individual (contrato de trabajo) como colectivo (convenio o acuerdos colectivos), con sujeción por tanto no sólo a la específica normativa mercantil o civil, sino a la legislación laboral y de protección social pública (art. 9.3 CE). Y, en cuarto lugar, que la libertad para pactar dicha protección no equivale a autosuficiencia o abstencionismo regulador por parte de la ley, sino que ésta cumple en este terreno sus clásicas funciones directiva, organizadora, controladora, garante y sancionadora respecto de los intereses, derechos y expectativas legítimas de los beneficiarios de la acción protectora privada (art. 9.1 y 3 CE), a partir del específico título competencial contemplado en el artículo 149.1.11.<sup>a</sup> CE, que atribuye a la competencia exclusiva del Estado la regulación de las bases de los seguros. Funciones de todo punto necesarias, porque, a diferencia de lo que sucede con el principio de solidaridad, en la protección social complementaria privada rige, con carácter general y salvo excepciones derivadas básicamente del establecimiento de mejoras, el principio conmutativo, conforme al cual la protección se supedita a una relación jurídica cambiaria, en la que prevalece la reciprocidad contractual y el ánimo de lucro.



## 2. LA LEY EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

### A) Funciones y principios

En el ámbito de la protección social, pública o privada, la ley cumple dos tipos de funciones. Por una parte, una función general directiva mediante la que se trazan los criterios y contenidos básicos que han de regir en la sucesiva regulación de la materia por otras normas de inferior rango normativo. Por otra parte, y sobre la base de la anterior, unas funciones específicas de carácter ordenador (distribuyendo contenidos y sistematizando instituciones), sostenedor (alimentando figuras e instituciones en virtud de la plataforma del derecho necesario, intangible en el ámbito de la protección social pública y con mayor disponibilidad en la de carácter privado) y promocional (impulsando regulaciones transformadoras de la realidad social conforme a los mandatos y principios constitucionales instaurados en la materia). El adecuado desempeño por la ley de estas funciones descansa sobre los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley.

#### a) El principio de jerarquía normativa

En la ordenación jerárquica y estática de las normas, es decir, aquella que las prioriza en función de su rango —ordenación casi exclusiva en materia de protección social, como ha de verse— la preeminencia de la ley y de las normas equiparadas a su rango en esta materia es indisputable. No sólo porque el Derecho de la Protección Social se encuadra en su mayor parte en el ámbito del Derecho Público, en el que el principio de legalidad está claramente asentado para la Administración Pública (art. 103.1 CE). También, y de modo principal, debido a la constitucionalización del principio de jerarquía normativa en su dimensión estática (art. 9.3 CE). Varias consecuencias emanan de la preeminente posición que ocupa la ley en materia de protección social.

En primer lugar, subraya la prioridad de la ley sobre el reglamento, como el artículo 97 CE revela, lo que tiene especial trascendencia en materia de protección social, señaladamente en la de carácter público, dado el intenso componente imperativo que revisten sus normas. En segundo lugar, y derivadamente, implica que la ley puede abordar no sólo una concreta figura o institución en dicha materia, sino el conjunto de instituciones y relaciones jurídicas pertenecientes a la misma, sin perjuicio de derivar al reglamento los aspectos de su desarrollo que estime conveniente. En tercer lugar, y habida cuenta de la amplitud del derecho necesario absoluto en esta materia, expresa el escaso papel que tiene en ella el ejercicio del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE), a diferencia de que lo que sucede en el ámbito de las relaciones laborales, individuales y colectivas. Por ello, en materia de protección social la ley no sólo no ha de restringir su ámbito de actuación respecto de este derecho, sino que lo amplía de forma muy acusada.

#### b) El principio de reserva de ley

La preeminencia jerárquica de la ley en la materia objeto de estudio afecta a su rango pero no a su contenido. De la delimitación de éste se ocupa el principio de reserva de ley, consecuencia necesaria del anterior, pues la garantía de aquella posición prevalente precisa amojonar un ámbito en el que la ley pueda cumplir sus funciones, preservando su inmunidad jerárquica de la posible intrusión de otras normas subalternas.

Los específicos preceptos que la CE dedica en el título primero, capítulo III a la protección social no suministran indicación expresa alguna sobre la que pueda asentarse dicho principio. Tácitamente pueden incluirlo por la referencia frecuente a los mandatos encomendados a «los poderes públicos» (arts. 39, 40, 42, 43, 49 y 50), pero tal expresión es insuficiente para acotar ese principio con la precisión que el mismo requiere. Tampoco resulta suficiente en este terreno la garantía institucional admitida por la jurisprudencia para el concreto Sistema de la Seguridad Social, al definirla como una función de Estado, porque dicha función puede cumplirse, y así sucede usualmente, mediante una colaboración internormativa entre la ley y el reglamento, sin que aquella definición jurisprudencial sea útil por tanto para acotar el espacio reservado a la ley.

Con todo, dos preceptos dotados de distinta finalidad permiten identificar el mencionado principio en el texto constitucional. El primero de ellos es el artículo 53.3 CE, destinado a establecer una garantía constitucional en relación con los principios contemplados en el citado capítulo III CE, instaura al tiempo un límite para su válida alegación ante la Jurisdicción ordinaria, que sólo podrá hacerse «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». De este modo, la norma con rango de ley es la única habilitada para el cumplimiento, de forma prioritaria y principal, de las funciones propias de la ley en materia de protección social, más arriba señaladas. El segundo es el artículo 147.1.17.<sup>a</sup> CE, que atribuye a la competencia exclusiva del Estado «La legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social...», que, aunque ceñido tan sólo a este sistema, es coherente con el precitado artículo 53.3 CE, dado que el instrumento esencial para el despliegue de esa legislación es sin duda la ley, al margen ahora del alcance de esa atribución realizado por la doctrina constitucional, que ha de estudiarse después.

### B) El desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección social pública

Presupuesto del estudio de ese desarrollo es la previa consideración de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en esta materia, teniendo en cuenta el fundamento parcialmente diverso que la CE establece para los tres sistemas que conforman el modelo de protección social pública. Tras ese estudio, debe examinarse de forma separada en cada uno de dichos sistemas, y en sus trazos generales, la adecuación del desarrollo legislativo en dicha materia a los principios constitucionales que informan la misma.

#### a) Presupuesto de la acción normativa: la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA

##### a') Seguridad Social

Conforme establece su Disposición Final 1.<sup>a</sup>, el TRLGSS se aplica de modo general al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, en cuya virtud corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre la «Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». Se configura en este precepto dos ámbitos competenciales con diversa extensión funcional entre el Estado y las CCAA.

En un primer ámbito, se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica de la Seguridad Social, lo que permite afirmar que aquél sólo retiene una parte de la legislación, la que de forma expresa se califica de básica, de modo que las competencias de las CCAA se circunscriben en este ámbito a la potestad legislativa y reglamentaria que, sin perjuicio de precisiones ulteriores, puede calificarse de desarrollo de la legislación básica, estableciéndose así una *distribución concurrente de competencias* (horizontal), pues el Estado y las CCAA confluyen con poderes de igual naturaleza legislativa o innovadora del ordenamiento en la regulación de una determinada materia, aunque dichos poderes no tengan, como ha de verse, iguales alcance y finalidad.

Conforme al segundo ámbito de competencias, el Estado asume competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social, con funciones legislativas, reglamentarias y ejecutivas, en tanto que las CCAA ostentan la competencia de ejecución de los servicios de la Seguridad Social. De modo semejante a lo que sucede en el reparto competencial en materia laboral, este ámbito debe identificarse con una *distribución compartida de competencias* (vertical), pues la confluencia del Estado y las CCAA se produce aquí con poderes de distinta naturaleza, reteniendo el Estado en su integridad el poder legislativo, reglamentario y ejecutivo y encomendándose a las CCAA únicamente la función ejecutiva.

— La *distribución concurrente de competencias* en la materia objeto de estudio (legislación básica de la Seguridad Social y legislación no básica de las CCAA), exige realizar ciertas precisiones.

1.<sup>a</sup>) *Delimitación formal de la noción de bases.* Por lo que se refiere a la forma en que se manifiesta la noción de bases reservada al Estado, hay que tener en cuenta que no es ésta tan sólo una noción material en la doctrina constitucional, puesto que existe en este punto una evolución que ha matizado iniciales pronunciamientos en los que aquella noción era, en efecto, la preponderante en el delineamiento de aquella fórmula atributiva.

Con arreglo a esa trayectoria, en un primer momento el TC se inclinará por una noción material del significado de las bases, normas básicas o legislación básica contemplados en el artículo 149.1 CE, a fin de evitar el colapso que para las CCAA podía suponer un entendimiento del ejercicio de la potestad legislativa autonómica de desarrollo subordinado a la paulatina aprobación de las normas estatales calificadas como básicas. Esa noción supone que lo básico no está vinculado a una disposición con un determinado rango normativo, sino que es un concepto material que ha de deducirse de la legislación vigente, estén o no expresamente formulados como tales esos criterios básicos (STC 32/1981).

Una vez superada la fase inicial de despliegue del Estado autonómico y reducido paulatinamente el protagonismo que el Derecho preconstitucional sólo podía recabar de forma transitoria, el TC modulará de forma señalada la anterior jurisprudencia en una segunda etapa, ya que la adopción exclusiva de aquella noción material sacrificaba la seguridad jurídica en perjuicio de las CCAA, dada la indefinición formal, sin anclaje en un determinado rango normativo, que dicha noción comportaba. Aunque la exigencia de un determinado rango de la disposición normativa que contenga legislación básica ya aparecía en la etapa inicial, bien que de forma tenue (STC 1/1982), será la STC 69/1988, la que se encargue de afincar esa exigencia en el sistema concurrente de competencias, abriendo así el segundo momento en la evolución de su jurisprudencia sobre el particular. En esta segunda fase, el TC va a exigir de modo más enérgico que el elemento formal de la legislación básica sea tenido en cuenta por el legislador estatal. Exigencia que reviste una doble manifestación: lo que el legislador estatal considere como básico ha de contenerse en una norma con rango legal y, junto a ello, tal norma ha de identificar de modo expreso el carácter básico de la misma. Por coherencia con el principio de unidad del ordenamiento —correlato indispensable del de autonomía—, la delimitación de ese terreno corresponde a la norma estatal, que cumple, así, además, una necesaria función clarificadora de las esferas competenciales (STC 49/1988). Por otra parte, la instrumentación de la norma básica no ha de exigir necesariamente, en todo caso, ley formal. Puede, en efecto, articularse mediante Decreto-ley, siempre que se cumplan los requisitos constitucionales exigibles en el artículo 86.1 CE (STC 23/1993).

2.<sup>a</sup>) *Identificación de la técnica normativa que articula la distribución competencial.* La mayoría de la doctrina especializada descarta que la noción de bases, norma básica o legislación básica pueda identificarse con la técnica de las leyes de bases contemplada en los artículos 82 y 83 CE o en el artículo 150.1 CE; criterio que también aceptó tempranamente el TC (SS 32/1981 y 1/1982). Las razones de ello reposan en la consideración de que en dichos preceptos se utiliza la técnica de la delegación legislativa, en un caso de las Cortes Generales en el Gobierno (arts. 82 y 83) y de las Cortes Generales en las CCAA en el otro (art. 150.1 CE). En ambos supuestos, esa técnica es ajena al reparto concurrente de competencias, ya que la CE y el respectivo EA atribuyen de forma directa competencia normativa a las CCAA, sobre una materia que es de titularidad mixta y no exclusivamente estatal como sucede en aquellos preceptos.

Desechada la aplicación de esa técnica a las competencias concurrentes, aquella doctrina, a la que acompaña con firmeza el TC, entiende que es la ley marco la técnica que se sigue en ese reparto competencial. Ello supone el diseño del «marco de una política global» (STC 64/1982) que, bajo el objetivo inmediato de establecer una disciplina uniforme de una determinada materia o sector, permita a las CCAA el trazado de políticas propias (STC 37/1982). De esta forma, esa disciplina no puede agotar la regulación de una materia concurrente, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan ejercer su propia competencia normativa (SSTC 32/1981 y 32/1983). Por lo demás, el uso de esa técnica permite explicar que las relaciones entre los dos distintos centros de poder normativo, el estatal y el autonómico, no se establezcan sobre el principio de jerarquía normativa, sino sobre el de competencia y que, desde este



punto de vista, sea más correcto hablar de legislación complementaria de las CCAA que de legislación de desarrollo, evocadora de la relación subordinada entre ley y reglamento, ausente en la materia que aquí se examina.

3.<sup>a</sup>) *Configuración constitucional de la distribución competencial.* Un sector de la doctrina considera que, legislación básica del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE comparte la misma naturaleza de las leyes de bases conformadoras de legislación delegada que contemplan los artículos 82, 83 y 150.1 CE, debiendo contener, en consecuencia, la ley estatal delegante los principios, bases y directrices a los que ha de acomodarse la ley autonómica delegada, por lo que legislación básica equivale a legislación sustantiva o fundamental (tesis de la reducción funcional). De acuerdo con esta lógica y vinculando esta premisa a la exigencia constitucional de una Seguridad Social pública y obligatoria para todos los ciudadanos (art. 41 CE), se desemboca en la conclusión de que la legislación autonómica no básica ha de reducirse a aspectos instrumentales relacionados con la organización y el procedimiento. Lo que es tanto como afirmar implícitamente que esa legislación se reduce materialmente a la gestión o la ejecución de la legislación estatal. Sin embargo, ese criterio doctrinal no supera un triple obstáculo para su admisión, tanto en el esquema constitucional de reparto concurrente de competencias, como en el modelo de Seguridad Social que la propia norma fundamental diseña.

Una elemental consideración se impone en primer término: deducir de la expresión «legislación básica» del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE que las competencias autonómicas en materia de Seguridad Social se circunscriben a aspectos instrumentales, pugna con una interpretación literal y sistemática del precepto. Desde el ángulo de su literalidad, el primer título competencial que se atribuye en exclusiva al Estado es la «legislación básica», lo que *a contrario sensu* deja un espacio no básico de la legislación a la competencia autonómica. Este entendimiento se corrobora con ayuda del canon sistemático, que permite advertir la clara diferencia textual entre esa fórmula atributiva y la que utiliza el término «legislación», a secas, en el artículo 149.1 CE para algunas de las materias que enumera, entre otras, la laboral (art. 149.1.7.<sup>a</sup>). El TC se ha referido a esta distinción, en el esquema constitucional de distribución territorial de competencias, con ocasión de diferenciar entre reserva de toda una materia a favor del Estado «y la reserva de potestades concretas, sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias» (STC 35/1982). Como tempranamente puso de relieve solvente doctrina especializada, aquel entendimiento de la concurrencia competencial impide dar cabida a la equivalencia entre desarrollo legislativo y ejecución, que es la conclusión a que la tácitamente aboca la tesis de la reducción funcional, al asignar iguales competencias ejecutivas a las CCAA en dos materias, la laboral y la Seguridad Social, en las que la voluntad del constituyente no ha sido la de equiparar el ámbito competencial autonómico.

En segundo lugar y de forma complementaria con el anterior razonamiento, concluir a favor de la existencia de esa reducción equiparadora sería, cuando menos, parcialmente redundante con la asignación expresa en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE de competencia ejecutiva a las CCAA respecto de los servicios de la Seguridad Social. Dicho de otro modo, si ya se posee constitucionalmente título competencial explícito respecto de la función ejecutiva sobre los tales servicios, es difícil vislumbrar el sentido que pueda tener la reconducción del área autonómica de competencias sobre la legislación no básica de la Seguridad Social a una función ejecutiva de orden instrumental que ya tiene cabida en aquel título.

Existe, en tercer lugar, un planteamiento desacertado en la tesis de la reducción funcional, consistente en considerar que la amplia extensión material de lo básico ha de tener un consecuente paralelismo con el ámbito que ocupe la legislación que lo configure. Se hacen así indebidamente equivalentes el área material que incluye lo básico y la intensidad que ha de tener la legislación, sin que pueda hallarse indicación expresa en la CE alguna para esa equivalencia. Esa equiparación desenfoca el adecuado alcance que la legislación básica tiene en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE. La cuestión clave a este respecto no reside en el hecho de que haya de considerarse básica la materia de Seguridad Social, sino en el indebido alcance con que se concibe la legislación básica sobre esa materia. En efecto, el conjunto de submaterias que la tesis de la reducción funcional incluye en el terreno de la Seguridad Social, al tratarse de zonas genéricas de la misma

es del todo coherente con la finalidad de regulación uniforme de una determinada materia o sector que el TC ha aparejado a la noción de bases.

Ahora bien, el hecho de que el área material de lo básico haya de ser amplia a fin de lograr aquella deseable regulación uniforme —y aquí reside la clave del asunto— no implica necesariamente que la legislación dictada sobre dicha área material utilice en todo caso el mismo criterio de amplitud, descendiendo al detalle en la regulación. Porque, como acaba de indicarse, para hacer honor a su adjetivación de básica, dicha legislación ha de ceñirse al establecimiento de un mínimo común en todo el territorio del Estado, dejando un espacio suficiente para que las CCAA puedan desarrollar políticas propias. En este sentido se pronuncia la doctrina constitucional (STC 39/2014) al señalar que “se incardina dentro de las bases o legislación básica de una materia el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias”, de forma que “Trasladando este concepto de legislación básica a la materia de Seguridad Social, cabe considerar que quedan dentro de la misma, y por tanto de la competencia estatal, la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social (campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, acción protectora)”.

Por consiguiente, las políticas autonómicas no podrán, claro es, contravenir ni desconocer los principios y bases que el Estado establezca sin invadir sus competencias, pero tendrán, de seguro, un ámbito operativo singular, pues de otro modo se vanificarían las legítimas diferencias que ampara el principio de autonomía.

4.<sup>a</sup>) *Determinación estatutaria y legislativa de la distribución competencial.* Considerando los términos en que se formula la atribución de competencia sobre la materia en estudio en los EA que la han asumido, el tenor de los preceptos estatutarios que la establecen recogen de forma coherente el reparto competencial que efectúa a este respecto el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, salvo diferencias no esenciales. De este modo, se atribuye a la correspondiente autonomía «respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye: El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico de la misma» [art. 165.1.a) LOREAC; en semejante sentido el art. 18.2.a) LOEAPV]. Tomados en su literalidad, estos términos son del todo respetuosos con el reparto concurrente de competencias del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE. De su letra no se deriva extralimitación alguna del límite específico que supone la legislación básica reservada al Estado, ni tampoco de los principios limitativos de orden genérico que condicionan dicho reparto. En suma, tales preceptos articulan de forma constitucionalmente inobjetable el espacio concurrential que el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE deja a las autonomías para el lícito ejercicio de sus competencias.

No obstante, las CCAA que han asumido en sus estatutos dicha competencia de desarrollo legislativo no han hecho uso de la misma. Probablemente no sean ajenas a esa inactividad normativa, entre otras razones, el amplio espacio que ocupa la normativa estatal de Seguridad Social, la falta de claridad en la determinación misma sobre lo que haya de considerarse básico en esa normativa, la vinculación de un buen número de aspectos de la Seguridad Social con su régimen económico sobre el que el Estado ostenta un mayor ámbito competencial o el controvertido ejercicio autonómico de la competencia sobre la asistencia social. A tales razones se suma la interpretación realizada por un sector de la doctrina científica sobre la Disposición Final 1.<sup>a</sup> LGSS, en el sentido de que este precepto, relativo a la aplicación de dicha norma, viene a concretar el mandato del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, de modo que toda ella debe considerarse legislación básica. Pero, si se admitiera esa interpretación, habría que afirmar que dicha norma desguaza prácticamente la genérica competencia de Seguridad Social asumida por algunas CCAA en su EA, reduciéndola a aspectos procedimentales y organizativos («los aspectos relativos al modo de ejercicio de las competencias y a la organización de los servicios» en el tenor literal de dicha disposición) y transformándolas en competencias propias del ámbito de la ejecución, desconociendo así el reparto constitucional y estatutario en la materia.

— En relación a la *distribución compartida de competencias* (régimen económico de la Seguridad Social y ejecución de sus servicios por las CCAA), procede explicitar asimismo determinadas precisiones a la luz de la doctrina constitucional.

1.<sup>a</sup>) *Afirmación genérica de la exclusividad competencial del Estado*. La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17.<sup>a</sup> CE) comporta la habilitación plena para ejercer las funciones legislativa, reglamentaria y ejecutiva a fin de «configurar un sistema materialmente unitario» (STC 195/1996), que garantice «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social» (SSTC 124/1989 y 1994/1996). De esta forma, las CCAA parecen quedar desprovistas de competencia alguna sobre aquella. La mención separada en ese precepto del régimen económico respecto de la legislación básica de la Seguridad Social, lleva, así, a atribuir al término «régimen» una mayor amplitud semántica que la apreciable en el vocablo legislación, lo que conduce a aquella atribución en bloque de funciones normativas y ejecutivas al Estado. Nada habría que objetar a este planteamiento, fundado en los principios de solidaridad financiera y caja única, si no existieran dos elementos normativos que obligan a matizarlo.

El primero de ellos descansa en la segunda cláusula del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE que, separada por una coma de la primera, asigna la ejecución de los servicios de la Seguridad Social a las CCAA. Configurándose la TGSS como un Servicio Común del sistema en el que se unifican todos los recursos financieros por aplicación de aquellos principios (art. 74.1 TRLGSS), no es posible sortear la consecuencia lógica de que sobre dicho Servicio también inciden las competencias autonómicas de ejecución, que, por tanto, deben ser transferidas sin perjuicio de las que corresponden al Estado. El texto constitucional se decanta, en este punto, por un reparto competencial no concurrente, sino compartido sobre la referida submateria.

El segundo elemento que viene a completar la inicial lectura del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, deriva de aquellos EA que, de acuerdo con el artículo 149.3 CE, han asumido la competencia de «gestión del régimen económico de la Seguridad Social» [por ejemplo, arts. 165.1.b) LOREAC y 18.2.b) LOEAPV], de modo independiente a la competencia de ejecución de sus servicios, que también acogen estatutariamente. Entre otros aspectos, esta competencia de gestión comprende las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social (por ejemplo, la relativa al desempleo).

2.<sup>a</sup>) *Alcance de la exclusividad competencial del Estado*. A partir de la afirmación general de la competencia exclusiva del Estado en esta materia, la doctrina constitucional ha tenido ocasión de establecer su alcance, especificando con cierto pormenor las concretas actuaciones que deben incluirse en aquella competencia.

— Los actos de encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social (inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de trabajadores), en cuanto actos instrumentales a la obligación de cotizar, son competencia del Estado por incidir en el nacimiento, duración y extinción de dicha obligación (STC 124/1989). Doctrina no compartida por el voto particular formulado a dicha sentencia, que considera la imposibilidad de calificar en sentido propio los referidos actos de encuadramiento como actividades de gestión económica de los fondos o del patrimonio de la Seguridad Social, configurándose, por el contrario, como actos de ejecución en esa materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE y, en el caso enjuiciado, en el artículo 18.2.a) del EA de Cataluña de 1979. De acuerdo con ello, una vez que el Estado establece la regulación uniforme sobre esta concreta competencia, no existe razón alguna para que también retenga facultades ejecutivas, que corresponden, en su territorio, a aquella autonomía. Adicionalmente —y ello reviste una marcada importancia—, se advierte que la referida sentencia «viene a consagrar un sistema de doble competencia de ejecución», sin anclaje en la CE y en aquel EA, cuando se refiere al ejercicio concurrente por dicha CA en esta concreta competencia de «actuaciones concretas» o de «competencias de ejecución» cuyo contenido queda sin determinar.

— La gestión de la cotización y recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de la Seguridad Social, incluidas las actuaciones de aplazamiento o fraccionamiento de dichas

cuotas, es, asimismo, competencia exclusiva del Estado, que, en esta materia, no se ciñe, por tanto, a la mera regulación de la disciplina recaudatoria. Y ello porque no existe duda alguna de que «las cuotas y demás recursos de financiación forman parte del patrimonio de la Seguridad Social» (STC 124/1989). Discrepando del parecer recogido en esta sentencia, el citado voto particular estima injustificado que aquella gestión quede reservada a la competencia estatal, ya que tal reserva no es imprescindible para garantizar los principios de unidad y solidaridad del sistema, teniendo en cuenta que «la potencial existencia de una pluralidad de Organismos autonómicos con funciones recaudadoras de los ingresos estatales de Seguridad Social, que en todo caso han de fluir automáticamente hacia la caja única centralizada de la Tesorería General de la Seguridad Social sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran, no compromete por sí misma la integridad de aquellos principios consustanciales al sistema público de aseguramiento social».

— La ordenación de los pagos de las obligaciones de la Seguridad Social, que incluye, desde un prisma lógico, la disponibilidad directa de los fondos propios, la previsión de pagos y las provisiones de fondos, compete asimismo en exclusiva al Estado, por iguales razones de unidad patrimonial y titularidad estatal de los fondos de la Seguridad Social. Esta exclusividad competencial se matiza en el sentido de que la misma ha de respetar las competencias estatutarias que comportan la ordenación de pagos por la CA derivados de la gestión de los servicios de la Seguridad Social asumidos por la autonomía, previa la correspondiente habilitación presupuestaria por la TGSS con arreglo a la legislación estatal (STC 124/1989).

Tampoco considera el citado voto particular que aquí esté en cuestión el principio de unidad presupuestaria y contable, ni la integridad del patrimonio de la Seguridad Social. Porque si la referida ordenación de pagos se realizase por la CA, previa la aprobación del gasto y habilitación de fondos por parte de la TGSS, no sufriría quebranto alguno «la uniformidad de tratamiento del gasto aprobado y liquidado, como, por lo demás, lo prueba el hecho de que así se venga haciendo con los pagos derivados de las obligaciones engendradas por los servicios de la Seguridad Social ya transferidos a la Comunidad Autónoma de Cataluña».

— La distribución temporal y territorial de las disponibilidades dinerarias para satisfacer las obligaciones del sistema y evitar desajustes financieros, igualmente corresponde a la exclusiva competencia del Estado, a fin de garantizar también aquí la unidad patrimonial y la titularidad estatal de los fondos de la Seguridad Social, haciendo frente, de este modo, a los desajustes que puedan producirse en el tiempo o en lugar dentro del sistema entre vencimientos de activos y pasivos o entre los flujos de cobros y pagos. Por ello, puede comprenderse que corresponda al Estado «distribuir con criterios homogéneos los fondos disponibles del entero y único Sistema de Seguridad Social» (STC 124/1989). Razonamiento que ha de ser compartido al tratarse aquí de competencias cuya descentralización pondría en grave peligro la solidaridad financiera del sistema y habida cuenta del mayor grado de decisión que las mismas comportan.

— La apertura de cuentas en instituciones financieras destinadas a financiar los fondos de la Seguridad Social, se incluye asimismo dentro de la esfera competencial exclusiva del Estado, ya que ello es consecuencia de la titularidad exclusiva estatal sobre los fondos y recursos financieros que forman la caja única de la Seguridad Social. Este reconocimiento no supone prohibición alguna, según el TC, de que la CA pueda decidir la apertura de cuentas en instituciones financieras con destino a los fondos que la TGSS ponga a su directa disposición (STC 124/1989).

La disidencia que también expone sobre este extremo el repetido voto particular al considerar que la citada competencia pertenece al plano de la ejecución, propio de la CA, cuenta con un sólido fundamento normativo. En este sentido, para el antedicho voto resulta indudable que «la existencia de tales cuentas es compatible con la vigencia del principio de unidad presupuestaria y contable de la Seguridad Social». Esta certeza deriva de la regla contenida en el artículo 4 del Real Decreto 2.318/1978, de 15 de septiembre, de creación de la TGSS. En virtud de la misma, se faculta no sólo a la propia TGSS, sino a las Entidades gestoras y servicios de la Seguridad Social, para la apertura y utilización de dichas cuentas, «siempre que



se autoricen en atención a la especial naturaleza de las Entidades o servicios, de las operaciones o del lugar en que hayan de realizarse», toda vez que, conforme especifica dicho precepto «La existencia de estas cuentas no supondrá quiebra del principio de unidad de Caja y los saldos de las mismas se considerarán parte integrante de las disponibilidades de la Tesorería General manteniendo su condición de fondos de la Seguridad Social». Máxime, si se advierte que esta posibilidad es perfectamente compatible, como razona el voto particular, con la exclusividad competencial del Estado para la regulación del régimen de las mencionadas cuentas.

— La potestad sancionadora relativa a materias que recaen directamente sobre la actividad económica (régimen económico de la Seguridad Social), «esto es, las que definen ilícitos que se hallan inmediatamente referidos a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes», dado que aquí «el objeto inmediato de tutela es la gestión de la caja única de la Seguridad Social que, al hallarse atribuida al Estado, determina que éste, como titular de la ejecución, ostente también la potestad de declarar infracciones e imponer sanciones» (STC 195/1996). Tal es el caso de la obtención o disfrute indebido de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, en cuanto implican «una detracción indebida del patrimonio único de la Seguridad Social» (STC 195/1996).

Sin embargo, a la CA, con apoyo en su reconocimiento estatutario, le corresponde la competencia relativa a la potestad sancionadora «para declarar la concreta existencia de infracciones y sancionar aquellas que no guarden relación con el régimen económico de la Seguridad Social», como es el que caso de las que inciden sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas), sin perjuicio de la facultad de supervisión que corresponde al Estado respecto de dichas actividades (STC 195/1996).

#### b') Asistencia sanitaria

Entre las prestaciones de la Seguridad Social a las que se refiere el artículo 41 CE deben incluirse, sin duda, las sanitarias, dirigidas a la protección del derecho a la salud que el artículo 43 CE reconoce. La indudable conexión de dichos preceptos por lo que a dichas prestaciones atañe, se disocia parcialmente en la legislación ordinaria como después ha de verse y tiene también una distinta ubicación constitucional merced a la distribución territorial de competencias en materia de sanidad, que no se sitúa ahora en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, ya examinado, sino en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> del propio Código Fundamental, por lo que procede realizar su estudio separado en el plano constitucional.

A pesar de ese distinto emplazamiento, este segundo precepto tiene una configuración que coincide en parte con la del primero. En cuanto aquí interesa, el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado las «Bases y coordinación general de la sanidad». Puesto que sólo existe una coincidencia parcial en esa atribución, es necesario distinguir entre la relativa a las bases de la sanidad, por un lado, y, por otro, las que conciernen a su coordinación.

— En la competencia sobre las bases de la sanidad, el texto constitucional establece también en esta materia una *distribución concurrente de competencias* (horizontal), toda vez que el Estado y las CCAA acuden con poderes de igual naturaleza legislativa o innovadora del ordenamiento a la regulación de una determinada materia, aunque diverjan en su alcance. Ello permite dar aquí por reproducidas las precisiones realizadas con anterioridad para el Sistema de la Seguridad Social y en cuanto respecta a delimitación formal de la noción de bases y a la identificación de la técnica normativa que articula la distribución competencial. Procede únicamente complementarlas con las dos siguientes:

1.<sup>a</sup>) *Configuración constitucional de la distribución competencial*. La regulación estatal de las bases de la sanidad interior, se ciñe a normar «lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa

del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto... ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma» (SSTC 1/1982 y 1/2003). En el caso de las bases de la sanidad interior, ese espacio de las CCAA regulador es amplio, toda vez que alcanza al desarrollo normativo de dichas bases y a la función ejecutiva plena sobre las mismas y sobre su desarrollo.

2.<sup>a</sup>) *Determinación estatutaria y legislativa de la distribución competencial.* Los EA contemplan en su totalidad las competencias en esta materia a favor de las CCAA, recogiendo el ámbito reservado a las mismas por el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE. Así lo hace, a modo de ejemplo, la LOREAC reservando a la CA de Cataluña en su artículo 162.3, la competencia compartida sobre la ordenación, planificación, determinación, ordenación y ejecución de distintos aspectos de la sanidad y salud públicas, tales como los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental, la planificación de los recursos sanitarios o la formación sanitaria especializada.

Bajo un criterio congruente con la regulación estatutaria y a diferencia de lo que sucede en materia de Seguridad Social con el reducido espacio regulador que la LGSS deja a las CCAA para el desarrollo normativo de la legislación básica, en lo que hace a la sanidad interior la LGS identifica un extenso ámbito normador para las CCAA. Partiendo de su correcta calificación como norma básica (art. 2.1), la LGS acota ese espacio, por dos vías principales. De un lado, disponiendo la creación por las CCAA de sus Servicios de Salud dentro del marco de la LGS y de los EA (art. 4.1 LGS). De otro, reconociendo a dichos entes territoriales la facultad de ejercer las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o delegue en su caso (art. 41.2 LGS). Ello supone que, en esta materia, las bases estatales “habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria”, de modo que “las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo” (STC 136/2012).

— En la competencia sobre la coordinación general de la sanidad se atiende a una *distribución exclusiva y propia de competencias*, pues tal coordinación se atribuye con ese carácter al Estado sin posibilidad alguna de que las CCAA puedan compartirla. Que el Estado sea el único sujeto titular de dicha coordinación resulta coherente, considerando el amplio espacio regulador que en dicha materia tienen reconocido las CCAA, materializado para todas ellas a partir de 1992. Por otra parte, anótese que la citada coordinación general se ciñe a la sanidad interior, dado que en la materia de sanidad exterior el Estado concentra toda las actuaciones de ordenación y ejecución (potestades legislativa y reglamentaria y función ejecutiva), como se infiere con claridad de la referencia separada a la misma en la primera cláusula del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE.

Respecto de la coordinación general de la sanidad, deben tenerse en cuenta determinadas precisiones.

1.<sup>a</sup>) *Ámbito de actuación y finalidad.* La competencia de coordinación general de la sanidad interior por el Estado, distinta de la fijación de sus bases, actúa sobre el conjunto de las competencias autonómicas en la materia y «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema» (STC 82/1983), referencia esta última hecha al SNS.

2.<sup>a</sup>) *Contenido.* De un modo genérico la doctrina constitucional se ha aproximado al contenido de la citada competencia, señalando que «debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias (se refiere a las autonómicas) en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (STC 82/1983).

3.<sup>a</sup>) *Técnicas de actuación.* En el ejercicio de la referida competencia, el Estado debe respetar las propias de las CCAA, puesto que «ni la fijación de las bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las

Comunidades» (STC 82/1983). En todo caso, el desempeño de la competencia coordinadora implica el ejercicio de un poder directivo por parte de su sujeto titular, aunque ciertamente se trate de un poder de menor alcance e intensidad que el poder de normar, pues su finalidad es, sobre todo, la de conjugar y armonizar voluntades antes que imponer la unilateral del Estado. Ello no ha impedido que, en ocasiones, la doctrina constitucional haya señalado como técnicas apropiadas para el ejercicio de ese poder directivo coordinador la autorización (STC 11/1984) y la aprobación (STC 144/1985), sin que en ningún caso las técnicas utilizadas puedan suponer la sustracción de competencias autonómicas (SSTC 27/1987).

### c') Asistencia Social Autonómica

Conforme a lo prescrito en el artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE, las CCAA pueden asumir competencias, entre otras materias, en la Asistencia social, ofrecimiento que todas ellas han acogido, con distinta formulación, como competencia exclusiva en sus EA (por ejemplo, art. 166.1 LOREAC). Desde el plano constitucional, deben realizarse a este respecto dos precisiones relativas al carácter, finalidad y ámbito de actuación de esta competencia autonómica.

1.<sup>a</sup>) *Carácter y finalidad*. Se está aquí ante una asistencia social externa al Sistema de la Seguridad Social, a fin de diferenciarla de la interna al mismo (arts. 42.2, 64 y 65 TRLGSS) y evitar así el posible vaciamiento competencial de las CCAA en esta materia. Ese carácter externo ha sido señalado hace tiempo por el TC, aludiendo a la Asistencia Social como mecanismo protector, dotado de técnicas propias, que se dirige a cubrir situaciones de necesidad específicas de las personas que carecen de una protección suficiente por el Sistema de la Seguridad Social «y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces» (SSTC 76/1986, 36/2012 y 40/2013).

2.<sup>a</sup>) *Ámbito de actuación*. El carácter universalista con el que el artículo 41 CE configura a la Seguridad Social, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, determina una noción integral de dicha institución, en la que la protección no contributiva desempeña un papel capital. Ello implica que el Estado, en base a ese carácter, puede expandir el campo de la acción protectora hacia el nivel no contributivo con prestaciones que no tienen la catalogación formal de asistenciales y, al tiempo, puede regular prestaciones de asistencia social interna. Ambas actuaciones encuentran, sin embargo, el límite de la competencia autonómica en materia de asistencia social externa, que, por consiguiente, tiene un carácter complementario del sistema. De forma expresa, el TC ha subrayado ese límite respecto de las prestaciones no contributivas de aquel sistema, señalando que su lícita regulación por el Estado para cubrir las situaciones de necesidad que vayan generándose, ha de producirse sin que ello «merme o restrinja el ámbito propio de la “asistencia social”, pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas, no ha sido querida por el constituyente, en la medida en que atribuye el apoyo a las situaciones de necesidad a todos los poderes públicos, de manera que cada cual actúe en su respectivo ámbito de competencias» (STC 76/1986).

No obstante, la propia doctrina constitucional ha utilizado en ocasiones la noción de interés general como mecanismo susceptible de restar competencias en materia de asistencia social a las CCAA. En este sentido, dicha doctrina ha señalado que el interés general puede operar como cláusula general habilitante para que el Estado incida de modo problemático en esa esfera competencial autonómica de la asistencia social, sin que la actuación de aquél se funde en un concreto título competencial. De este modo, «una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de Asistencia



Social a nivel supraautonómico, el Estado podría intervenir, pero debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal actividad» (STC 146/1986). Pero, tal como señala a este propósito el voto particular a dicha sentencia «Con ello, aunque no se diga expresamente, la Sentencia viene a sostener que el interés general, entendido como interés estatal, es un criterio suficiente para abrir a la disponibilidad e intervención unilateral del Estado aquellas materias... que la Constitución y los Estatutos han entregado a las Comunidades Autónomas, sin reserva o excepción alguna a favor del Estado». Lo que, según dicho voto, no resulta posible en el caso de la asistencia social, ya que «De acuerdo con el artículo 148.1.20.<sup>a</sup> de la Constitución, la materia de asistencia social ha sido íntegramente regionalizada por los Estatutos de Autonomía, lo que significa, en mi opinión, que los órganos centrales carecen de toda competencia para intervenir unilateralmente en dicha materia, y esta falta de título competencial no puede subsanarse por la apelación al interés general».

Cuestión distinta es que la competencia autonómica exclusiva sobre la asistencia social no puede impedir el ejercicio por el Estado de su competencia en la regulación de los aspectos centrales del régimen de subvenciones en materia de asistencia social, concretamente en cuanto atañe al objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso, sin perjuicio de que la gestión de dichas subvenciones (tramitación, resolución y pago, así como la regulación del procedimiento de estos aspectos) corresponda a las CCAA (SSTC 178/2011 y 40/2013). Y ello porque «el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas... debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios» (STC 31/2010). Así, «el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del capítulo III del título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su presupuesto en la acción social o económica» (STC 13/1992). En consecuencia, «El Estado tiene, por tanto, la capacidad para poner su poder de gasto al servicio de una política de asistencia social, en el ejercicio soberano de la función legislativa» (STC 40/2013).

#### d') Autonomía y Atención a la Dependencia

A diferencia de lo que acontece con los sistemas anteriormente estudiados, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 1.1 LAPAD) no cuenta con una expresa recepción en el texto constitucional. Esto no quiere decir, sin embargo, que el mismo esté ayuno de todo fundamento constitucional. Lo tiene de un doble modo. Por una parte, de un modo indirecto en los artículos 49 y 50 CE, en los que se contemplan ciertos mandatos a los poderes públicos respecto de los «disminuidos» y de los pensionistas, respectivamente. A ellos apela explícitamente la EM de la LAPAD. Por otra, de un modo genérico, en el artículo 9.2 CE, que obliga también a los poderes públicos a incorporar al conjunto de sus actuaciones el vertebrador principio de igualdad sustancial, cuya expansividad subjetiva alcanza sin duda a los citados colectivos, sin perjuicio de la diversa intensidad y extensión que el mismo haya de alcanzar en ambos.

Sobre esa peana constitucional, han de trazarse dos precisiones que atañen al carácter y finalidad, así como al ámbito de actuación de este sistema.

1.<sup>a</sup>) *Carácter y finalidad.* Al carecer de apoyo directo y expreso en la CE, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ofrece un amplio espacio para su configuración legal. Con todo, el espacio ofrecido no es ilimitado si se considera la doble finalidad a la que sirve la instauración de dicho Sistema. En primer lugar, cubrir la insuficiente y ocasional protección que brindan los Sistemas de la Seguridad Social y de Asistencia Social autonómica por lo que hace a los ciudadanos en situación de dependencia. En segundo lugar y derivadamente, dispensar esa protección con la palanca de la igualdad material, que la experiencia demuestra ha sido inaccesible para aquellos ciudadanos a través de los mencionados sistemas.

2.<sup>a</sup>) *Ámbito de actuación*. Considerado desde el punto de vista de la materia regulada, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia no aparece de forma expresa entre las competencias que la CE establece a favor del Estado, aunque la misma puede vincularse parcialmente con la señalada en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE. Ello explica que la ley haya acudido al título competencial genérico del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE a fin de anclar en el marco del principio de igualdad territorial la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (EM, 3 LAPAD). El tenor de esa competencia, referida a la fijación de aquellas condiciones básicas, así como el carácter exclusivo de la que reconoce a las CCAA el artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE, ya prefiguran la compatibilidad de la primera con la segunda, más allá de la necesaria acción coordinada y cooperativa entre la Administración del Estado y las CCAA, y de la participación, en su caso, de las Entidades Locales (art. 1.2 LAPAD). A este respecto, hay que tener en cuenta que la fijación de dichas condiciones básicas no exige «un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1987). Tal sería el caso, a título de ejemplo, de la competencia estatal en orden a establecer una pensión asistencial mínima e idéntica para todos los beneficiarios sobre la base de las condiciones de edad de éstos y de la cuantía de aquélla, y atendiendo al principio de solidaridad interterritorial (STC 13/1992).

Por consiguiente, las CCAA pueden ejercer las competencias que hayan asumido respecto de la Autonomía y Atención a la Dependencia en sus estatutos. Esta materia se inscribe en el marco de competencia exclusiva que aquéllas ostentan sobre la Asistencia Social autonómica, externa al Sistema de la Seguridad Social, como ya se señaló anteriormente (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE). Tal encuadramiento explica la atribución legal a las CCAA de funciones que suponen el ejercicio de potestades normativas y de funciones ejecutivas sobre la antedicha materia, como son, a guisa de ejemplo, las que, en ese ámbito comunitario, se destinan a «Planificar, ordenar, coordinar y dirigir... los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia» o bien a «Gestionar... los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención a la dependencia» [art. 11.1.a) y b) LAPAD].

*b) Adecuación del desarrollo legislativo a los principios constitucionales sobre la protección social pública*

Desde el prisma de la observancia de los principios constitucionales en materia de protección social pública ya examinados, deben trazarse ahora unas características generales que permitan aquilatar la adecuación del desarrollo legislativo a dichos principios, sin perjuicio del estudio más pormenorizado que de ese desarrollo se efectúa en los correspondientes capítulos de esta obra. En una consideración de carácter general, puede advertirse que dicho desarrollo, aun mostrando en su evolución innegables avances en algunos aspectos (por ejemplo, implantación de ciertas prestaciones no contributivas o instauración del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), es todavía notoriamente incompleto y con una clara tendencia involucionista a raíz de la profunda crisis económica que se desata en 2008 para la mayor parte de las economías occidentales, teniendo en cuenta los parámetros de valoración que brindan tanto los mandatos que aquellos principios contienen como el amplio período de tiempo transcurrido desde la aprobación del vigente texto constitucional.

*a') Sistema de la Seguridad Social*

Como ya se señaló anteriormente, en la legislación ordinaria existe una parcial disociación entre el Sistema de la Seguridad Social y el SNS, aunque entre las prestaciones del primero están incluidas las segundas, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 41 y 43 CE. La referida escisión parcial tiene lugar en tres planos. En el plano normativo, como consecuencia del distinto alcance constitucional de las

potestades legislativa y reglamentaria, así como de la función ejecutiva, existente entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social, por una parte, y, por otra, en materia de sanidad interior y coordinación general de la misma, analizadas ya en su momento. En el plano organizativo, dado que las funciones no jurisdiccionales del Estado en materia de Seguridad Social que no sean propias del Gobierno se ejercen por el MEYSS (art. 5.1 TRLGSS), en tanto que las funciones en materia de sanidad interior y coordinación general de la misma se distribuyen entre el Estado (Gobierno y Ministerio de Sanidad y Consumo), las CCAA con una mayor extensión y, en menor medida, las Corporaciones Locales (arts. 4, 40, 41 y 42 LGS). En tercer lugar, en el plano financiero, que, en síntesis, nutre por un cauce mixto al Sistema de la Seguridad Social (aportaciones progresivas del Estado a sus Presupuestos Generales y cotizaciones de empresarios y trabajadores para la prestaciones contributivas, y únicamente aportaciones a dichos presupuestos por parte del Estado para las prestaciones de naturaleza no contributiva: art. 86 LGSS), y por una vía de carácter público al SNS, cuya financiación de forma exclusiva tiene lugar a través de los correspondientes presupuestos estatal, autonómicos y locales (art. 78 LGS).

Estos distintos planos revelan sin duda un tratamiento diferencial entre la Seguridad Social y la asistencia sanitaria pública. Trato diferencial acentuado con la paulatina y conclusa transferencia a las CCAA de las competencias anteriormente asumidas por el desaparecido INSALUD como organismo encargado de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, hoy reconvertido en el INGESA pero con actuación limitada a Ceuta y Melilla (Capítulo 8, I, 1). No obstante, ese trato no llega por el momento a configurar una completa separación entre ambas esferas, ya que el título jurídico que permite el acceso a la asistencia sanitaria pública es la inclusión del beneficiario en el campo aplicativo del Sistema de la Seguridad Social [arts. 7.1 y 2 y 42.1, a) TRLGSS].

1.<sup>a</sup>) *Publicación*. En cuanto a la Seguridad Social en sentido estricto se refiere, su carácter público, derivado de la función estatal que el artículo 41 CE contempla al efecto, encuentra su reflejo en la atribución al Estado de la ordenación, jurisdicción e inspección de la misma (art. 4.1 TRLGSS). En esa función estatal están incluidas desde luego las CCAA a partir del marco de competencias que establece en esta materia el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE. Sin embargo, la publicación no es completa, puesto que se mantienen formas de colaboración privada en la gestión a través de las MATEP, las empresas y las entidades públicas o privadas que, en este último caso, realicen la mera prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional (arts. 4.2, 79, 257 y 258 TRLGSS).

Por lo que hace a la asistencia sanitaria incluida en el SNS, su dimensión pública está más diversificada como consecuencia de la distribución competencial que diseña a este respecto el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE, ya estudiado. El desarrollo legal de esa dimensión se sintetiza en la configuración de una estructura organizativa compleja, en cuya virtud el SNS se define «como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley» (art. 44 LGS).

Pero tampoco la sanidad pública alcanza un pleno nivel de publicación, dado que las Administraciones Públicas sanitarias, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, están facultadas para establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a las mismas (art. 90.1 LGS). En todo caso, la ley fija determinados condicionamientos, sustentados en ciertos criterios, para la formalización de dichos conciertos (art. 90.2 a 6 LGS). Un criterio de autoevaluación, que exige por parte de las Administraciones Públicas la consideración previa sobre la utilización óptima de los recursos sanitarios públicos, lo que contradiría una anterior reducción de recursos humanos y materiales para abrir después la concertación a entidades privadas. Un criterio de preferencia, a tenor del cual se debe dar prioridad a la concertación con centros y servicios sanitarios privados cuya titularidad corresponda a entidades sin ánimo de lucro, siempre que existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes en la prestación del servicio. Un criterio de exclusión, que prohíbe concertar la prestación de atenciones sanitarias cuando ello pueda entrar en contradicción con los objetivos sanitarios, sociales y económicos fijados en los Planes

de salud. Un criterio de ordenación de las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los concertos. Y, en fin, un criterio de igualdad, dirigido a asegurar que la atención sanitaria y de todo tipo prestada a los usuarios será la misma para todos, sin más diferencias que las propias de la naturaleza de cada proceso sanitario.

2.<sup>a</sup>) *Universalidad subjetiva*. La ley reconoce el derecho de los españoles a la Seguridad Social «establecido en el artículo 41 de la Constitución» (art. 1 LGSS), con evidente incorrección técnica porque ese precepto constitucional no reconoce expresamente tal derecho, sino que se infiere del obligado mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social por parte de los poderes públicos, lo que es bien distinto. Al amparo del principio de universalidad que el propio TRLGSS reconoce (art. 2.1), la norma incluye en su campo de aplicación a los extranjeros «que residan o se encuentren legalmente en España» (7.1 y 2, 2º TRLGSS). Empero, el principio no encuentra plena aplicación, a pesar de la progresiva deslaboralización que ha experimentado el ámbito subjetivo de aplicación del sistema. En este sentido, la propia norma condiciona el mencionado derecho señalando que el mismo «se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley» (art. 1 TRLGSS). En el nivel contributivo, la existencia de criterios delimitadores de orden personal y profesional impide que rija el principio (por ejemplo, extranjeros en situación irregular, cuyo derecho en este ámbito se ciñe «a los servicios y prestaciones sociales básicas»: art. 14.3 LOEX). En el nivel asistencial o no contributivo, destinado a proteger a toda la población que queda extramuros del Sistema, criterios de orden económico (carencia o insuficiencia de ingresos por debajo de un umbral legalmente fijado) y personal (residencia legal en España durante cierto período de tiempo y cumplimiento de determinada edad para la invalidez y la jubilación) limitan de forma acentuada el citado principio.

Por lo que se refiere al SNS, el principio de universalidad subjetiva de la asistencia sanitaria pública queda claramente afirmado en la ley (arts. 1.2 y 3.2 LGS), aunque con el relevante límite de que la extensión subjetiva de dicha asistencia «se efectuará de forma progresiva» (Disp. Trans. 5.<sup>a</sup> LGS). Pero ese proceso ha sido paralizado en buena medida por el RDL-MUSSNS, que, contradiciendo aquel principio, limita la garantía de la asistencia sanitaria a las personas que ostenten la condición de asegurado al Sistema de la Seguridad Social, pero reduciendo acto seguido esa condición únicamente a los supuestos que la propia norma señala (art. 3.1 y 2 LCCSNS, conforme al art. 1.Uno RDL-MUSSNS), cuya amplitud es menor que los recogidos en el artículo 7 TRLGSS para los sujetos incluidos en el Sistema de la Seguridad Social (por ejemplo, carecen de esa condición los extranjeros titulares de autorización de residencia o los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado). Quienes carezcan de la condición de asegurado así restringida, pueden acceder a ella «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente» (art. 3.3 LCCSNS, conforme al art. 1.Uno RDL-MUSSNS). Si lo superan pueden obtener la prestación sanitaria mediante el pago de la misma a su cargo o mediante cuota, también a su cargo, en virtud de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 LCCSNS, conforme al art. 1.Uno RDL-MUSSNS). Se exceptúan de estas reglas los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes, que recibirán ciertas modalidades de asistencia sanitaria (de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta el alta médica, y asistencia al embarazo, parto y posparto), así como los extranjeros menores de dieciocho años, a quienes se prestará dicha asistencia en las mismas condiciones que los españoles (art. 3 ter LCCSNS, conforme al art. 1.Tres RDL-MUSSNS). (ver infra Capítulo 8, I, 2 ). El mencionado criterio limitativo sido refrendado por la doctrina constitucional, en la que se contienen las siguientes precisiones:

“Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto- Ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del SNS. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6).



La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la CE, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes...” (STC 139/2016).

3.<sup>a</sup>) *Generalidad objetiva*. La formulación constitucional del principio de generalidad objetiva permite incluir en la acción protectora de la Seguridad Social un conjunto amplio de «situaciones de necesidad» (art. 41 CE), dado que este precepto no restringe esas situaciones de ningún modo, limitándose tan sólo a señalar una de ellas, el desempleo, a la que constitucionaliza expresamente dado su carácter estructural en el marco de la economía capitalista. El legislador ordinario habría, pues, de respetar ese principio en tales términos de amplitud, al quedar éste cubierto por la garantía institucional que el Estado social titulariza como función propia, conforme a la doctrina constitucional ya examinada.

Sin embargo, el desarrollo legislativo de este principio no lo ha dotado hasta el momento de un contenido coherente con su formulación en la CE, a pesar de los avances advertibles en este terreno desde la aprobación del texto constitucional y la inclusión de nuevas situaciones de necesidad (por ejemplo, el riesgo durante la lactancia natural: arts. 188 y 189 TRLGSS). No lo ha hecho en el nivel contributivo, ya que la protección se circunscribe aquí a ciertas situaciones de necesidad, incorporadas al Sistema no sólo en función del derecho subjetivo a la Seguridad Social, sino atendiendo primordialmente a las disponibilidades financieras del Sistema. Con menor intensidad aún ha logrado la ley desarrollar la virtualidad del principio en el nivel no contributivo, habida cuenta de que en éste no se protegen todos los estados de necesidad de los ciudadanos que quedan al margen del nivel contributivo, sino que las situaciones de necesidad y sus correspondientes prestaciones se limitan a la incapacidad permanente, la jubilación, la protección familiar y la asistencia sanitaria.

4.<sup>a</sup>) *Suficiencia prestacional*. En el nivel contributivo, la cuantía media de las prestaciones económicas se sitúa claramente por debajo de la establecida en los países europeos con Sistemas de Seguridad Social arraigados (por ejemplo, Francia o Alemania). A ello deben añadirse las diferencias cuantitativas de protección que aún pueden advertirse entre el Régimen General y los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, pese a la paulatina aproximación que entre ellos se viene realizando. Tales diferencias derivan sobre todo, y en cuanto a la suficiencia de las prestaciones se refiere, de las distintas reglas aplicables en materia de cotización (por ejemplo, la cotización por contingencias profesionales tiene carácter voluntario para los trabajadores autónomos, con la salvedad de los TRADE, que están obligados a cotizar por contingencias comunes y profesionales). Por lo que hace a las prestaciones del nivel asistencial, su cuantía es notoriamente menor que las homólogas dispensadas en el nivel contributivo, lo que choca de plano con el mantenimiento de un nivel de vida suficiente y acorde con la dignidad de la persona.

#### b') Sistema de Asistencia Social Autonómica

1.<sup>a</sup>) *Publificación*. Las CCAA han utilizado el título competencial que les ofrece el artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE para establecer ayudas a la integración social o, con terminología acuñada doctrinalmente, las denominadas rentas mínimas de inserción, aunque esta denominación no sea uniforme para todas ellas. Por tanto, se trata de una competencia que han desarrollado legislativamente los poderes públicos autonómicos. El carácter público de las prestaciones de asistencia social externa a la Seguridad se explica por las finalidades asignadas a las mismas en la normativa autonómica. De modo principal, su creación obedece al limitado ámbito subjetivo de las prestaciones no contributivas otorgadas por el sistema de la Seguridad Social

(carencia de recursos de aquellos que se encuentren en las contingencias de invalidez, vejez o cargas familiares), a lo que habría que añadir el reducido alcance de la tasa de cobertura del desempleo en los niveles contributivo y asistencial que para esta contingencia reconoce el Sistema de la Seguridad Social, aunque desde 1999 dicha tasa indicara una modesta tendencia alcista, posteriormente truncada por la normativa de drástica contención del gasto público impuesta como prioritaria solución a la crisis económica de 2008.

De forma derivada, se aprecia una doble finalidad instrumental presente, con diverso alcance, en la regulación autonómica de las rentas mínimas de inserción. La misma estriba en proporcionar unos recursos básicos a quienes carecen de ellos y, al tiempo, posibilitar su incorporación al ámbito social del que han sido excluidos, dado que la pobreza y la marginación no son sino los dos rostros de un mismo proceso social.

2.<sup>a</sup>) *Universalidad subjetiva*. Contrariamente a la universalidad subjetiva que su encuadre como prestación económica de asistencia social exigiría, la regulación autonómica de las rentas mínimas de inserción no alcanza al conjunto de los ciudadanos con carencia o insuficiencia de ingresos. Ello es así con independencia de que se dicha renta pueda obtenerse a partir de los dos tipos de situaciones advertibles en aquella regulación: situaciones en que la misma se contempla como un derecho (por ejemplo, en el art. 1 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de Renta Mínima de Inserción de Cataluña, modificado por el art. 80.1 de la Ley de esa autonomía de 5/2012, de 20 de marzo) y situaciones en que se considera como un mero interés legítimo a su obtención, ya que en ambas su reconocimiento se supedita a la concurrencia de determinados requisitos.

En la primera de dichas situaciones se encuentra un número comparativamente mayor de normas que califica las rentas mínimas como derechos reconocibles a toda persona que reúna los requisitos exigidos en la misma (tales como edad, residencia, constitución de hogar independiente, o carencia de medios económicos para atender necesidades básicas, cuantificándose el umbral de ingresos a partir del cual se puede obtener la renta mínima), sin que se supedite su reconocimiento a las disponibilidades presupuestarias, a diferencia de lo que sucede con la asistencia social interna al Sistema de la Seguridad Social con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64.2 TRLGS. En este supuesto el acceso a la prestación se configura como un derecho subjetivo, aunque condicionado en cuanto a su reconocimiento al cumplimiento de aquellos requisitos y en cuanto a su disfrute por parte de los beneficiarios a la observancia de determinadas obligaciones (entre otras, comunicación a la Administración autonómica competente de cambios en la situación personal o patrimonial, suscripción y cumplimiento de un convenio de inserción o inviabilidad de rechazar oferta de empleo adecuada).

En la segunda situación se ubica un escaso número de normas autonómicas que omiten la calificación expresa de las referidas rentas como derecho del beneficiario, utilizando la expresión «titular de la prestación» (art. 3.1 de la Ley 1/2007, de 17 de enero, de Prestación Canaria de Inserción), lo que permite considerar que dicha titularidad sólo alcanza a un interés legítimo al reconocimiento de la renta hasta el límite de los recursos presupuestarios consignados para su financiación. Este interés legítimo no supone, con todo, atribuir a la prestación un carácter graciable, propio de la beneficencia, puesto que ese interés puede hacerse valer ante los tribunales por el posible beneficiario que reúna los requisitos exigidos.

3.<sup>a</sup>) *Generalidad objetiva*. No existe uniformidad en la regulación por parte de las CCAA de las prestaciones económicas derivadas de las rentas mínimas de inserción, a las que suelen acompañar programas específicos de actividades de inserción dirigidas a evitar procesos de exclusión en los ámbitos social, laboral y educativo, dado que cada una de ellas ejerce competencias exclusivas en el ámbito de la asistencial social externa. Ello comporta que el régimen jurídico de dichas prestaciones sea diverso en cuanto a los requisitos de acceso a la prestación, cuantía, duración, renovación, suspensión y extinción de la misma, lo que podría solventarse mediante la acción normativa estatal, previamente coordinada con las CCAA, que estableciese unas bases comunes al amparo del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE.



Al margen de las rentas mínimas, la potestad reguladora en materia de asistencia social autonómica suscitó en su momento una respuesta por parte del legislador estatal en relación con determinadas ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, reconocidas por la Junta de Andalucía mediante Decretos 284/1998, de 29 de diciembre y 62/1999, de 9 de marzo. La sentencia del TC 239/2002 resolvió el conflicto de competencias planteado respecto de dichas normas por el Gobierno del Estado, declarando la inclusión de tales ayudas en la materia de asistencia social autonómica, bien que señalando al tiempo los posibles efectos disfuncionales que podrían derivarse para el Sistema de la Seguridad Social de la acción normativa autonómica en esta materia y aludiendo a la facultad del Estado a fin de adoptar las medidas convenientes para evitar tales efectos.

Esta facultad se ejerció por el legislador estatal dando una nueva redacción al artículo 38.4 LGSS (en la actualidad art. 42.4 TRLGSS), de medidas específicas en materia de Seguridad Social, TRLGSS, merced a la cual se considera que «Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, forma parte del Sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de la presente Ley». Se lleva a cabo así una interpretación extensiva del concepto legal de Asistencia Social interna de dicho Sistema contemplado hoy en el artículo 42.2 TRLGSS, que implica una reducción del posible espacio regulador autonómico al amparo del artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE. Como bien señala el dictamen emitido con fecha 26 de marzo de 2003 por el Consejo Económico y Social del Estado sobre el anteproyecto de dicha norma modificatoria «Una medida de la magnitud de la que se está adoptando hubiera requerido un intenso trabajo de reflexión previa, en un marco de coordinación, cooperación y diálogo entre todas las Administraciones y agentes implicados en la articulación del sistema de protección social».

4.<sup>a</sup>) *Suficiencia prestacional*. La suficiencia de las rentas mínimas de inserción está vinculada a su caracterización como prestaciones complementarias y subsidiarias (por ejemplo, art. 6 de la precitada Ley 1/2007). El carácter complementario supone que la prestación económica en que se traduce la renta mínima es igual a la diferencia que exista entre la cuantía de la misma y el importe de los recursos de que disponga el beneficiario y de las prestaciones económicas a que pueda tener derecho. Por su parte el carácter subsidiario implica que dicha renta actúa como prestación pública de último recurso, una vez agotados todos los cauces de reconocimiento o disfrute de otras prestaciones o recursos que estén al alcance del beneficiario. De aquí se infiere que su cuantía cumple una función de mera subsistencia, similar a las ayudas de beneficencia de la que constituye su trasunto actualizado, lo que resulta inconciliable con el principio de suficiencia prestacional que instaura la CE para la protección social pública. Máxime si se tiene en cuenta, de un lado, que dicha cuantía suele tener un tope máximo, calculado por lo común a partir de un porcentaje del IPREM, que se fija anualmente por debajo del SMI, y, por otro, que su duración es limitada, aunque pueda ser susceptible de determinadas prórrogas.

#### c) Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

1.<sup>a</sup>) *Publicación*. Aunque en este Sistema de protección social tiene cabida la iniciativa privada respecto de los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia [art. 3.m) LAPAD], tal Sistema se caracteriza como público. Públicas son las Administraciones que integran su estructura (estatal, autonómicas y locales), con competencias diversificadas entre ellas y la necesaria atribuida a la AGE en garantía de un contenido mínimo y común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio estatal (art. 1.2 LAPAD). Carácter público es, asimismo, el asignado a las prestaciones del Sistema [art. 3.a) LAPAD]. De igual carácter participa dicho Sistema al configurarse, desde el punto de vista de los beneficiarios, como una red de utilización pública (art. 6.2 LAPAD). Por último y si bien los beneficiarios participan en la financiación de las prestaciones según el

tipo y coste del servicio y su capacidad económica (art. 33.1 y 2 LAPAD), la financiación es básicamente pública, determinándose con carácter anual en las correspondientes leyes de presupuestos en cuantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones que en esta materia han de llevar cabo las Administraciones Públicas (art. 32.1 LAPAD).

2.<sup>a</sup>) *Universalidad subjetiva*. De la regulación legal nace un «derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» (art. 11 LAPAD). Coherente con ese derecho es el principio de universalidad en el acceso a dichos Sistema «de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación» [art. 3.b) LAPAD]. Principio que se configura como derecho de dichas personas, al margen del lugar del territorio estatal en el que residan, «a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en estas Ley...» (art. 4.1 LAPAD). En ambos preceptos, el principio y el derecho instaurados se reconocen «en los términos establecidos en esta Ley». Tales términos suponen que la titularidad del derecho queda restringida a las personas que se encuentren en alguno de los grados de dependencia legalmente establecidos y reúnan determinados requisitos de residencia y nacionalidad (art. 5 LAPAD).

3.<sup>a</sup>) *Generalidad objetiva*. A través del conjunto de prestaciones y servicios establecidos, el Sistema en estudio asume las finalidades de facilitar a las personas dependientes una existencia autónoma en su medio habitual, con la duración deseada y posible, así como proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad (art. 13 LAPAD). Tan loables finalidades van a quedar desvirtuadas al calor de la crisis económica de 2008 y bajo el propósito de corregir la sostenibilidad financiera de este Sistema, lo que se traduce, entre otras medidas y en el ámbito del principio de generalidad objetiva, en la ampliación hasta dos años del plazo para resolver la concesión de las prestaciones económicas (Disp. Final 1.<sup>a</sup>1 LAPAD, modificada por el art. 22.Diecisiete RDL-MESFO), así como en la supresión de las compatibilidades entre servicios (art. 25 bis LPAD introducido por el art. 22.Nueve RDL-MESFO), impidiendo así su complementariedad en perjuicio de la atención personalizada a las personas dependientes.

4.<sup>a</sup>) *Suficiencia prestacional*. La suficiencia de las prestaciones que reconoce este Sistema no aparece contemplada por el legislador estatal, al no estar emplazado el fundamento constitucional para su creación en el artículo 41 CE, sino en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la misma, como ya se estudió. Adicionalmente, al no existir un mandato constitucional para el mantenimiento del Sistema, como sucede con el de la Seguridad Social, la cuantía, extensión e intensidad de las prestaciones y servicios queda en manos del legislador. A este respecto, la fijación por la ley estatal de tres niveles de protección (art. 7 LPAD) determina que, a partir de tales parámetros, se llegue a resultados distintos de cobertura en función de la CA en que se resida, como así sucede realmente. A estos diversos resultados conduce el modo en que se estructuran dichos niveles, de suerte que sobre el primer nivel mínimo que debe establecer la AGE operan un segundo nivel cuyo establecimiento depende del acuerdo que se adopte al efecto entre la AGE y la de cada CA, así como un tercer nivel de protección adicional cuya instauración es voluntaria para cada CA.

Por otra parte, la reducción del gasto público como criterio prevalente para afrontar la referida crisis económica, alcanza en particular a la suficiencia de las prestaciones y servicios de distintos modos y al amparo de las modificaciones operadas en la LPAD por el RDL-MESFO. Entre las principales pueden señalarse el incremento de las aportaciones de los usuarios y los descuentos sobre las prestaciones a percibir; la reducción de la cuantía de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, la eliminación de la financiación estatal de la Seguridad Social de los cuidadores familiares, así como la reducción general de la financiación del Sistema en estudio por parte del Estado.

C) *El desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección social privada*

Habida cuenta del carácter libre que constitucionalmente se atribuye a la protección social privada (art. 41 CE), su desarrollo legislativo se encuentra disperso en distintas normas, sin que hasta el momento haya tenido eco en el legislador la recomendación decimocuarta del Pacto de Toledo, de 6 de abril de 1995, subrayando la conveniencia de «abordar la ordenación de la previsión social complementaria», al tiempo que se recomienda su potenciación, pero con la importante precisión de que la misma se efectúe «como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución». Ello significa que, en este modelo, el mandato constitucional se dirige prioritariamente al manteniendo de un sistema público de Seguridad Social y a su fortalecimiento (conexión sistemática con el art. 9.2 CE), y en modo alguno a su desvirtuación o debilitamiento a manos de una protección social privada con ánimo de lucro, y, en cuanto tal, complementaria, que no subsidiaria, de dicho sistema. No es ése el entendimiento que el legislador ordinario tiene de dicho modelo al ordenar al Gobierno del Estado que, en el plazo de seis meses a partir del 1 de enero de 2013, remita al Congreso de los Diputados «un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo» (Disp. Adic. 19.<sup>a</sup> LAAMSS).

Por otra parte, conviene subrayar que las modalidades de esta previsión social complementaria no pertenecen en su mayor parte al Sistema de la Seguridad Social pública y, por tanto, deben de distinguirse de las prestaciones complementarias encuadradas en dicho Sistema, en concreto, los Servicios Sociales y la Asistencia Social interna al mismo (42.1, e) y 2, 63 y 64.1 TRLGSS).

De otro lado y como ya se advirtió con anterioridad, la libertad de pacto que rige en el ámbito de la previsión social complementaria no significa que la ley se abstenga en su regulación. Por el contrario, la norma legal cumple en este terreno sus clásicas funciones directiva, organizadora, controladora, garante y sancionadora respecto de los intereses, derechos y expectativas legítimas de los beneficiarios de la acción protectora privada (art. 9.1 y 3 CE). Esa función se ha llevado cabo en relación con las cuatro modalidades existentes en el ámbito de dicha previsión. En primer lugar, mediante las mejoras voluntarias, reguladas en los artículos 238 a 241, inclusive, TRLGSS y a través de una norma reglamentaria, la OMME, de fecha muy anterior a la LGSS y que, por tanto, de ningún modo puede cubrir satisfactoriamente la función de desarrollo de la norma legal. Respecto de estas mejoras voluntarias debe tenerse en cuenta que tienen un carácter voluntario en su implantación y, desde ese punto de vista no son Seguridad Social Pública, sino privada. Sin embargo, la ley las encuadra, a todos los efectos, en la acción protectora de la Seguridad Social una vez que han sido establecidas (art. 1.3 OMME). Pero la voluntad omnicomprendensiva de la norma reglamentaria, dada la fecha preconstitucional de su aprobación, no encuentra acomodo en la normativa vigente, ya que la equiparación que se deriva de ese encuadramiento no es absoluta (por ejemplo, no gozan del carácter de crédito privilegiado de ciertas prestaciones de la Seguridad Social: art. 161.2 TRLGSS).

En segundo lugar, en virtud del TRLRPPF, desarrollado por el RD 304/2004, de 20 de febrero, que a su vez ha sido modificado con posterioridad. Regla sustancial respecto de los planes de pensiones regulados en dicho Texto Refundido es la que determina su naturaleza jurídica, señalando a su abrigo que los mismos son de constitución voluntaria y que, por tanto, «sus prestaciones no serán en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas» (art. 1.2 TRLRPPF).

En tercer lugar, las dos modalidades que integran la protección social de carácter asegurador. De un lado, las Mutualidades de Previsión Social, modalidad voluntaria de previsión social y complementaria al Sistema de Seguridad Social obligatoria (art. 64.1 TRLOSSP), con trayectoria languideciente como consecuencia del auge que viene experimentado el seguro privado en cuanto fórmula contractual para cubrir ciertos riesgos sociales. De otro, el contrato de seguro colectivo que juntamente con el plan de pensiones, es uno de los instrumentos a través de los cuales pueden formalizarse los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, con inclusión de las prestaciones causadas. Se rige por lo dispuesto en el RD 1.588/1999, de 15 de octubre, mediante el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los

compromisos por pensiones de las empresas con trabajadores y beneficiarios, y subsidiariamente por la LCS. Estos contratos de seguro deben revestir la forma de seguros colectivos de vida, haciéndose constar en la póliza que instrumentan un compromiso de pensiones.

### 3. EL REGLAMENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

La mayor intensidad con la que actúa el principio de jerarquía estática en el Derecho de la Protección Social, comporta una más intensa sujeción de la norma reglamentaria a la ley. Por ello, aunque desde la perspectiva constitucional es posible la utilización en este sector del ordenamiento del reglamento autónomo (que cuenta con soporte en los arts. 97 y 106 CE), es el reglamento ejecutivo al que se acude exclusivamente a fin de desarrollar las leyes y las normas con rango de ley, evitándose así el más acusado riesgo de desvirtuar los criterios reflejados en la normativa legal, que está implícito en la utilización del reglamento autónomo dado su mayor distancia respecto del principio democrático propio de la Ley en un Estado de esa misma naturaleza.

En el Sistema de la Seguridad Social existe una peculiaridad en relación con la norma reglamentaria estatal, que no se advierte en iguales términos en los dos restantes Sistemas integrados en aquel Derecho. Se trata de la distinción, propiciada por la ley, entre Reglamentos generales, Reglamentos específicos y Reglamentos especiales [5.2, a) y b) y Disp. Final octava TRLGSS]. Se diferencian entre sí por dos rasgos: el órgano que los aprueba y la extensión de su contenido. Así, los Reglamentos generales han de aprobarse por Decreto del Gobierno del Estado, esto es, del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del ramo, es decir, del MEYSS, y previo informe del Consejo de Estado (art. 22.3 LO 3/1980), siendo su contenido horizontal al afectar a todo el Sistema de la Seguridad Social, ya sea de forma indiferenciada para el conjunto de Regímenes que lo componen (por ejemplo, el RGCL), ya sea de forma mixta, es decir, aplicándose íntegramente al Régimen General y subsidiariamente a algunos Regímenes Especiales (por ejemplo, el RGPE). Los Reglamentos específicos y los Reglamentos especiales son aprobados por el MEYSS, salvo las que puedan corresponder a otros Departamentos ministeriales en virtud de conexión con la materia (Disp. Final 2.<sup>a</sup> TRLGSS), como sucede, por ejemplo, con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, instrumentándose mediante Orden Ministerial de desarrollo de los Reglamentos generales. Pero su contenido diverge. Los Reglamentos específicos regulan una determinada prestación, bien para el Sistema en su conjunto (por ejemplo, RD 1.335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social), bien para el Régimen General (por ejemplo, las prestaciones por invalidez: OM 15-4-1969). Con distinta extensión, los Reglamentos especiales se ocupan de regular exclusivamente toda la disciplina de un Régimen Especial (por ejemplo, el RETA).

Esta clasificación de los reglamentos ejecutivos se contradice, en parte, con su fecha de aprobación y publicación, dado que, con cierta frecuencia, esa fecha es anterior a la norma objeto de desarrollo (por ejemplo, la OM de 13-2-1967, establece las normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, que se contienen en los arts. 216 a 234, inclusive TRLGSS). Ello se explica por la formación aluvional que han experimentado las normas del Sistema de la Seguridad Social y la carencia de un texto que, a modo de Código de la Protección Social, procediera a una auténtica ordenación y refundición de la dispersa, compleja y, con asiduidad no episódica, contradictoria normativa existente en la materia y, por tanto, de la relativa a los tres sistemas que integran el Derecho de la Protección Social.

De los anteriores tipos de reglamentos deben distinguirse claramente *las circulares y las instrucciones de servicio*, utilizadas de forma ubérrima en el Sistema de la Seguridad Social. Dictadas por las Direcciones Generales de los Departamentos Ministeriales competentes, así como por los órganos de gobierno de las entidades gestoras del Sistema, con la finalidad básica de interpretar y clarificar el sentido y el alcance de las normas legales y reglamentarias en la materia, no pueden calificarse en rigor como normas jurídicas, careciendo por tanto de la fuerza vinculante *ad extra* que éstas poseen (SSTS 15-6-1981 y 27-6-1988).



## II. FUENTES SUPRAESTATALES

De modo semejante a lo que sucede con las fuentes estatales, un principio de amplio espectro recorre las fuentes supraestatales del Derecho de la Protección Social en su vertiente pública: el principio de solidaridad extraterritorial. Sin estar formulado expresamente, se infiere de los principios específicos recogidos en ese ámbito y materia en distintos textos y a los que después se hará referencia. Tanto el general como los específicos obedecen a un fundamento socioeconómico común, como es el de favorecer la competitividad internacional, armonizando aquellas legislaciones y distribuyendo territorialmente los costes que para los Estados comporta la citada protección.

La existencia de ese fundamento común no es óbice para trazar una necesaria distinción entre las fuentes supraestatales en esta materia, distinguiendo dos bloques que se agrupan en torno a dos criterios de clasificación. Por una parte, considerando el grado de especialización de las fuentes materiales o sujetos internacionales que elaboran las normas de protección social, se identifican las fuentes internacionales especializadas, que surgen por modo principal de la OIT en cuanto organismo específicamente dedicado a la mejora de las condiciones de vida, trabajo y protección social de los trabajadores en el ámbito internacional. Por otra, reparando en el ámbito de aplicación territorial de las normas, se acotan las fuentes internacionales generalistas, esto es, sujetos internacionales (organizaciones públicas y Estados), cuyos fines presentan un carácter más inespecífico que excede de la protección social, pero que parcialmente la incluye. Entre estos sujetos destacan organismos internacionales de ámbito regional (UE y COE), de ámbito general (ONU), y de ámbito interestatal (convenios y acuerdos bilaterales y multilaterales que los Estados celebran directamente entre sí, sin la cobertura de ninguna organización internacional no estatal).

### I. FUENTES INTERNACIONALES ESPECIALIZADAS: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Dotada de singularidad en cuanto se refiere a su caracterización, estructura, objetivos, principios e instrumentos de actuación (véase el Capítulo 2, III, 1 de nuestro *Curso de Derecho del Trabajo*), la OIT dispensa singular atención desde sus orígenes a la protección social, aunque no lo haga utilizando esta expresión, sino la de seguridad social, ya sea presumiéndola, ya sea formulándola directamente en forma institucional en cuanto sistema o régimen de Seguridad Social. Así, en su disposición fundacional, la Constitución de 1919, ya se contienen referencias a esta materia al considerar que es una tarea urgente la de mejorar las condiciones de trabajo en cuanto afecta, entre otras, «a la lucha contra el paro [...] a la protección del trabajador contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes de trabajo [...] a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los trabajadores ocupados en el extranjero [...]» (Preámbulo). En esa misma línea prosigue la Declaración de Filadelfia de 1944, reconociendo la obligación solemne de dicho organismo de «fomentar programas que permitan [...] extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa» (apartado III).

La concreción de dichos objetivos se lleva a cabo a través de distintos Convenios, entre los que destaca el número 102/1952, sobre la Seguridad Social (norma mínima), ratificado por España el 29-6-1988 y que regula un amplio catálogo de contingencias cubiertas (entre las que los Estados que lo ratifiquen deben aplicar un número mínimo de ellas), de prestaciones que la Seguridad Social debe proporcionar y de personas protegidas (en mayor medida los trabajadores, pero también ciertos tipos de residentes). Regla del máximo interés y actualidad es la relativa a las prestaciones y a los costes de su gestión, que «deberán ser financiados colectivamente, por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, de forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro (se refiere al Estado) y de las categorías de personas protegidas» (art. 71.1).

Junto a este convenio principal, la OIT ha abordado de forma pionera la regulación de dos principios que han arraigado en el ámbito de la protección social. De un lado, el principio de igualdad, al que se destina el Convenio 118/1962, relativo a la igualdad de trato de los nacionales y extranjeros en materia de seguridad social (no ratificado por España). De otro, el principio de conservación de derechos, del que se ocupa el Convenio 157/1982, relativo al establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (ratificado por España el 11-9-1985).

En todo caso, la OIT sigue alertando en la actualidad por la deficiente situación de la protección social en el mundo. A este respecto señala que sólo el 27 por 100 de la población mundial disfruta del acceso a sistemas completos de Seguridad Social, en tanto que el 73 por 100 de la misma sólo está parcialmente cubierto o carece en absoluto de cobertura, subrayando que la ausencia de acceso a la protección social constituye un obstáculo mayor para el desarrollo económico y social (OIT: Informe sobre la Protección social Mundial 2014-2015).

## 2. FUENTES INTERNACIONALES GENERALISTAS

### A) De ámbito regional

#### a) El Derecho Social de la Unión Europea

En el ámbito comunitario, la protección social se contempla tanto en el Derecho originario como en el derivado, aunque no siempre aparezca con esa formulación.

#### a') Derecho originario: los Tratados

La incorporación de la protección social a los Tratados de la UE, se produce por una doble vía. La primera es *una vía parcial*, que se limita tan sólo a una parte de dicha protección, esto es, a la seguridad social, concibiéndola con carácter instrumental al desplazamiento comunitario de la fuerza de trabajo. Mediante un tenor literal prácticamente idéntico desde el TUE hasta el vigente TFUE, con la única salvedad relativa a la determinación de los órganos facultados al respecto, dichos órganos deben adoptar «en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de los Estados miembros» (arts. 42 TUE y 48 TFUE, ubicados en los títulos III y IV, respectivamente, bajo el rubro «Libre circulación de personas, servicios y capitales»).

Al margen del ámbito más estricto de la Seguridad Social y de los principios de conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición y del pago de prestaciones en cuyo ámbito éstos operan, la segunda vía de incorporación es *una vía ampliatoria* que ensancha el objeto de regulación y abarca la protección social en dos planos, general y específico. Desde el *plano general* y en «la definición y ejecución de sus políticas y acciones», la UE debe tener en cuenta «las exigencias relacionadas...con la garantía de una protección social adecuada» (art. 9 TFUE).

En el *plano específico* se emplaza la regulación de la materia en el marco de la «Política social» (Título X TFUE) como uno de los objetivos que han de perseguir la UE y los Estados miembros, ampliando el radio de acción de la seguridad social para referirse a «una protección social adecuada». De la utilización por vez primera en los Tratados de la UE de esta expresión parece desprenderse que dicha organización comunitaria pretende abordar la acción protectora de las situaciones de necesidad social con un mayor alcance, cuando menos en lo que atañe al contenido de la protección, dado que en el ámbito subjetivo la



noción de la ciudadanía de la Unión (arts. 20 a 25 TFUE) puede constituir, como ya sucede en la actualidad, un límite significativo en esta materia para las personas que no la ostenten.

Con todo, el mayor alcance nominal de la regulación en este plano específico está tamizado por ciertos límites.

- Un *límite estatal*, condicionante de las acciones que emprendan al respecto la UE y los Estados miembros, «en las que se tengan en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales» (art. 151 TFUE). Ello implica la relativización de la homogeneidad de esas acciones a la luz de dichas prácticas, legales, convencionales o contractuales (por ejemplo, en el alcance subjetivo y objetivo de la protección).
- Un *límite económico*, con incidencia en dichas acciones y sujetos, derivado de «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión» (art. 151 TFUE). También relativiza la homogeneidad de las acciones comunitarias (por ejemplo, en lo que se refiere a los mecanismos de financiación).
- Un *límite subjetivo*, articulado a partir del principio de subsidiariedad y de la consiguiente función de apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros por parte de la UE, que circunscribe el objetivo general trazado por el artículo 151 TFUE, a «la seguridad social y a la protección social de los trabajadores» [art. 153.1.c) TFUE]. Adviértase que la alusión diferenciada a la seguridad social y a la protección social indica que la norma comunitaria concibe aquí separadamente esos ámbitos, lo que, sin descartar una deficiencia de técnica legislativa, también puede responder a una consideración de la protección social más próxima a la asistencia social externa a la seguridad social.
- Un *límite instrumental*, en cuya virtud la adopción de las disposiciones mínimas en materia de seguridad social y protección social exige seguir un procedimiento legislativo especial mediante decisión unánime del Consejo Europeo y consulta previa al CESE y al Comité de las Regiones (art. 153.2 TFUE).

#### b) Derecho derivado: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Dotada del mismo valor jurídico que los Tratados comunitarios (art. 6.1 TUE) y, por tanto, con igual fuerza vinculante que éstos, la CDFUE contempla básicamente la protección social desde la óptica de ciertos derechos, aunque sin utilizar expresamente esa noción. La valoración que a la CDFUE le merecen tales derechos queda patente en su ubicación en el título IV de dicha norma, dedicado a la «Solidaridad». El tratamiento que realiza la misma en esta materia se bifurca en dos ámbitos de regulación, genérico y específico.

La *regulación genérica* se vertebra en dos preceptos. Por una parte, el artículo 34.1, que se limita a plasmar un global reconocimiento y respeto por la UE del «derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección» en casos que se enumeran de forma ejemplificativa (maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia, vejez y desempleo). Conviene notar que, pese al carácter declarativo del precepto, la cita separada de la seguridad social y de los servicios sociales por un lado, y, por otro, de la dependencia como situación de necesidad concreta, apuntan aquí a un modelo de protección social, no ceñido en exclusiva a la Seguridad Social como sistema de protección único. Por otra parte, la UE reconoce y respeta asimismo «el derecho a una ayuda social... para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes» (art. 34.3 CDFUE). Este precepto refleja a las claras el principio de universalidad subjetiva que tendencialmente informa de la protección social contemporánea, dando cobertura adecuada a toda persona que no haya podido cotizar nunca o en la medida necesaria para obtener una prestación contributiva de la seguridad social. En ambos preceptos, las genéricas declaraciones se someten, sin embargo, a «las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales», lo que equivale, en realidad y por el momento,

a la exclusiva sujeción a dichas legislaciones y prácticas, habida cuenta de la unanimidad requerida en el Derecho comunitario para adoptar disposiciones mínimas de armonización en esta materia, como antes se anotó, así como del predominio de la diversidad respecto de la misma en los ordenamientos estatales, que no contribuye siempre a posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos contemplados en aquellos preceptos.

A la *regulación específica* se dedican asimismo dos preceptos. En el primero de ellos se afirma que «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión, tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales» (art. 34.2 CDFUE), con igual sometimiento al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales e idénticas consideraciones a las que acaban de realizarse. Además, el mayor alcance inicial, subjetivo y objetivo, del precepto («Toda persona... tiene derecho a las prestaciones»), se limita mediante el parámetro reforzado de la legalidad en el ámbito subjetivo («que resida y se desplace legalmente»), lo que dificulta un tratamiento equitativo en la materia a los extranjeros extracomunitarios en situación irregular. En el segundo precepto ese límite parece quedar superado al establecerse que «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria». Pero la amplitud del derecho se diluye sin mayores cortapisas al quedar sometido a «las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» (art. 35 CDFUE), con remisión directa y prioritaria a las mismas, que difícilmente podrá aproximar el Derecho de la Unión, condicionado por un principio de subsidiariedad cuyo carácter transversal revela este mismo precepto señalando que «Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

### c') Derecho derivado: Reglamentos y Directivas

Con un alcance notoriamente más limitado que el de las previsiones contenidas en el TFUE y en la CDFUE, el Derecho comunitario derivado de la protección social se expresa mediante dos fuentes normativas: los Reglamentos y las Directivas [para su caracterización y eficacia generales, véase el Capítulo 2, III, 2, A) de nuestro *Curso de Derecho del Trabajo*].

— Los Reglamentos comunitarios, obligatorios en «todos sus elementos» (art. 288 TFUE), establecen reglas de equidad y de coordinación de las distintas legislaciones de los Estados miembros a fin de lograr una protección social mínima de los trabajadores migrantes que se desplazan por los territorios de dichos Estados. En este marco, la centralidad corresponde al Reglamento (CEE) 1408/1971 —actualizado mediante el Reglamento (CE) 118/1997—, así como a su Reglamento de aplicación (CEE) 574/1972, vigentes ambos hasta tanto no se desarrolle el Reglamento (CE) 883/2004 que viene a sustituirlos. El Reglamento (CE) 1408/1971 se articula sobre determinados principios básicos:

1.º) *Principio de igualdad de trato*. Superando el principio de reciprocidad, propio de los convenios internacionales de seguridad social entre Estados y que se aplica para determinadas contingencias o para un grupo de ellas pero en ese ámbito bilateral o multilateral, el Reglamento establece el principio de igualdad de trato para las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y les sean aplicables las disposiciones del mismo, en cuyo caso «estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste», sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en dicha norma [art. 3.1 Reglamento (CEE)1408/1971 y STJCE 15-1-2002].

2.º) *Principio de territorialidad en la determinación de la legislación aplicable*. La regla general que rige al efecto es la aplicación de la legislación del lugar de trabajo, tanto si se trata de trabajador por cuenta ajena como por cuenta propia, aunque residan en otro Estado miembro, o, en el caso de trabajador asalariado, aunque la empresa tenga su sede o domicilio en otro Estado miembro [art. 13.a) y b) Reglamento (CEE) 1408/1971].

Dicha regla cuenta con determinadas modulaciones [por ejemplo, la actividad profesional a bordo de un buque determina que se aplique la normativa del pabellón del Estado miembro: art. 13.c) Reglamento (CEE) 1408/1971], y con reglas especiales [por ejemplo, personas que ejerzan su actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y sean desplazadas por su empresa a otro Estado miembro por un período máximo de doce meses, prorrogables por otros doce por circunstancias imprevistas con autorización de la Administración competente del segundo Estado, en cuyo caso se les aplica la legislación del primer Estado: art. 14.1 Reglamento (CEE) 1408/1971].

3.º) *Principio de conservación de los derechos adquiridos*. También denominado principio de exportación de prestaciones, su finalidad estriba en que el beneficiario que ya ha obtenido en su Estado miembro de residencia una prestación de protección social pueda continuar en su disfrute aunque cambie de residencia a otro Estado miembro. De aquí que en tales casos dichas prestaciones «no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora» [art. 10.1 Reglamento (CEE) 1408/1971]. El principio cuenta con ciertas excepciones o limitaciones (por ejemplo, la prestaciones por desempleo pueden exportarse por un período máximo de tres meses).

4.º) *Principio de conservación de los derechos en curso de adquisición*. Se instrumenta mediante la totalización o suma de los períodos de cotización realizados en distintos Estados miembros, a fin de que el beneficiario no pierda el derecho al cómputo de dichos períodos por el cambio de residencia a otro Estado miembro distinto (SSTJCE 10-6-1982 y 24-2-1987). Para el cálculo de la cuantía de la prestación que corresponda se utiliza la regla *pro rata temporis*, con arreglo a la cual cada institución competente de los Estados miembros en los que se acrediten períodos de cotización se hará cargo de la parte de la cuantía de la prestación que le corresponda en función del tiempo en el que el trabajador haya cotizado en cada una de ellas.

5.º) *Principio de no acumulación de prestaciones*. Del mismo deriva la regla general que impide conferir o mantener a una misma persona el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza (por ejemplo, dos pensiones de incapacidad), cuando estén referidas a un mismo período de seguro obligatorio. Por consiguiente, sí es posible dicha acumulación en otros supuestos, entre otros, cuando se trate de prestaciones de distinta naturaleza (por ejemplo, una pensión de incapacidad y otra de jubilación), de la misma naturaleza pero de distinto período de seguro e incluso de la misma naturaleza y del mismo período en los casos expresamente admitidos por el Reglamento [art. 12.1 Reglamento (CEE) 1408/1971].

6.º) *Principio de cooperación administrativa*. Como sucede en cualquier organización de estructura compleja, máxime cuando se trata de varias que operan en el territorio de distintos Estados, la cooperación administrativa es indispensable a fin de lograr la eficacia de los anteriores principios y de las normas que los acompañan. De aquí que, para la aplicación del Reglamento que se examina, las autoridades competentes de los Estados miembros de la UE deban regirse por este principio, que implica, en síntesis, la ayuda mutua y la cooperación, el intercambio de información, y la coordinación financiera para el reembolso de ciertos gastos al organismo que los haya efectuado [por ejemplo, por dispensar asistencia sanitaria; art. 84 Reglamento (CEE) 1408/1971].

— Las Directivas comunitarias en la materia, vinculantes para los Estados miembros respecto a los resultados a alcanzar a salvo de que disponga de un contenido claro, preciso, e incondicional, tienen un alcance de carácter transversal, pero al tiempo más específico, toda vez que el objetivo de su regulación, en ocasiones compartido con otras materias, es la igualdad de trato y la supresión de discriminaciones por razón de sexo respecto de la Seguridad Social. Dos de ellas deben traerse a colación.

En primer lugar, la Directiva 79/7/CEE. Tiene carácter específico y se ocupa de la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Se aplica a los «régimenes legales» de Seguridad Social que aseguren una protección contra determinados riesgos (enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo), así como a la

«ayuda social» complementaria o sustitutiva de dichos regímenes (art. 3.1). Para esta norma, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, y de modo particular la que afecte al ámbito de aplicación de aquellos regímenes, a las condiciones de acceso a los mismos, a la obligación de contribuir, al cálculo de las contribuciones, al cálculo de las prestaciones, y a las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las mismas (art. 4.1).

En segundo término, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Aunque su título no lo denote, el capítulo 2 de su título II se destina a regular «la igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social». Por tales regímenes la norma entiende los no regulados en la Directiva 79/7/CEE [art. 2.1.f)], centrada, como acaba de verse, en los «regímenes legales». Estos regímenes profesionales tienen, por tanto, un ámbito subjetivo más limitado que los denominados legales, pero, como es obvio, cuentan con igual marchamo de legalidad que estos últimos. De ese ámbito subjetivo profesional se excluyen determinados supuestos (por ejemplo, los regímenes profesionales voluntarios o los contratos de seguro de los trabajadores asalariados en los que no participe el empresario: art. 8 Directiva 2006/54/CE). El principio de igualdad conlleva también la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, en esta materia, con similar concreción de los aspectos señalados anteriormente en la Directiva 79/7/CEE (art. 4 Directiva 2006/54/CE).

#### b) El Consejo de Europa

En el ámbito del COE, la CSE institucionaliza la seguridad social, de suerte que, en garantía del ejercicio efectivo del derecho a la misma (art. 12), dicho texto se compromete a «establecer o mantener un régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del convenio internacional de trabajo número 102», así como a «esforzarse por elevar progresivamente el nivel» de dicho régimen (art. 12.1, 2 y 3). En este contexto, el término «régimen» debe entenderse como equivalente a sistema en cuanto estructura institucional y ordenadora de la Seguridad Social, que supera el fragmentario y disperso dispositivo de los seguros sociales.

En el mismo terreno institucional, aunque con menor fuerza de obligar dado su emplazamiento, se sitúan dos normas relevantes en la materia. De un lado, el CODESS, cuyo preámbulo considera que «uno de los objetivos del programa social del Consejo de Europa consiste en estimular a todos los Miembros a que desarrollen más su Sistema de Seguridad Social». De otro, el CONESS, que en su introducción apela a la coordinación multilateral de «las legislaciones de seguridad social», como uno de los medios para alcanzar el objetivo del progreso social entre los miembros del Consejo Europeo.

#### B) De ámbito general: Naciones Unidas

Constituyendo la Seguridad Social uno de los pilares del Estado social que emerge tras la Segunda Guerra Mundial, esa institución no podía quedar al margen de las preocupaciones reformadoras y humanitarias que alientan los textos jurídicos de la ONU. Dos de los principales se ocupan de la seguridad social.

Con la máxima valoración de derecho humano y, por ende, con el alcance planetario consustancial a esta categoría ético-jurídica, el primero de esos textos, la DUDH, reconoce que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social» (art. 22), recogiendo así la propuesta de universalidad subjetiva que contenía el informe Beveridge, elaborado pocos años antes. Esta genérica e importante declaración se concreta después afirmando que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar... tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez y viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad» (art. 25). Adviértase cómo en estos preceptos alumbra ya una configuración dual, propia de la protección social, ya que a aquel ámbito



subjetivo de alcance universal, en el que se incluyen por tanto las prestaciones no contributivas, se une la mención a los seguros, que deben considerarse sociales dado que el artículo 25 especifica el alcance de la seguridad social contemplada en el artículo 22, y que implican de suyo prestaciones contributivas.

En esta línea se pronuncia también, aunque con mayor concisión, el PIDESC que reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» (art. 9), reiterando así implícitamente la imprescindible cobertura de un sistema de protección social en el que coexistan prestaciones contributivas y no contributivas, a fin de que toda persona en situación de necesidad pueda beneficiarse del mismo.

### C) De ámbito interestatal

El carácter territorial de los Sistemas de Seguridad Social encuentra un paliativo frente a la eventual pérdida de derechos de los beneficiarios de la misma en los ámbitos regionales, como sucede con la UE, según se ha visto anteriormente. Pero con esa misma finalidad protectora, se suscriben también entre los Estados convenios bilaterales o multilaterales, ya sea para cubrir *ex novo* la seguridad social de los trabajadores desplazados a los territorios de los Estados que no pertenecen a aquellos ámbitos, ya sea para mejorar y/o complementar esa cobertura cuando los Estados que los conciertan pertenecen a ámbitos regionales en los que ya existen normas comunes que regulan dicha materia, cual es el caso de la UE.

España tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social con Estados europeos no comunitarios (Rusia y Ucrania) o de otras áreas geográficas (por ejemplo, Canadá, Japón, Argentina o Marruecos), así como el importante Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10-11-2007. Rasgos comunes a los convenios son el sometimiento del trabajador desplazado a la legislación de un único Estado y a su legislación aplicable que, con carácter general, es la del lugar de prestación de servicios, la reciprocidad de trato de los beneficiarios, el reconocimiento de prestaciones en especie (asistencia sanitaria) y económicas (por ejemplo, pensiones), la conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición y la cooperación administrativa.

## III. FUENTES PROFESIONALES, SUPLETORIAS E INDIRECTAS

### I. FUENTES PROFESIONALES

La negociación colectiva ocupa un espacio muy limitado en el ámbito de la Seguridad Social, habida cuenta del intenso componente de derecho necesario absoluto que recorre sus normas al abrigo del régimen público en el que constitucionalmente se inserta dicha institución (art. 41 CE), de modo que el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE) retrocede acusadamente en beneficio de la ley y del principio de jerarquía normativa estática (art. 9.3 CE). La regla general es, por lo tanto, la prohibición de que la Seguridad Social sea objeto de aquella negociación. No obstante, la ley modula ligeramente esa regla, estableciendo una excepción que permite al poder negociador colectivo abordar la regulación de las mejoras voluntarias de las prestaciones en su modalidad contributiva (art. 43.2 TRLGSS).

Las mejoras voluntarias objeto de negociación colectiva son las de carácter interno al Sistema de la Seguridad Social, es decir, las que forman parte de su acción protectora en la modalidad contributiva (art. 43.1 TRLGSS), aunque quedan al margen de su «núcleo institucional», esto es, de la garantía constitucionalmente garantizada respecto de aquel Sistema (STC 206/1997), ya estudiada anteriormente. Las mejoras voluntarias externas no se integran en esa acción protectora, tienen carácter privado y se canalizan básicamente mediante los Planes y Fondos de Pensiones, de modo que no pueden ser objeto de negociación colectiva.

La implantación de las mejoras voluntarias internas puede llevarse a cabo mediante convenio colectivo estatutario, siendo ésta la vía más frecuente para ello. Aunque las mejoras voluntarias internas se configuran por la doctrina científica como un cauce para complementar las prestaciones contributivas de la

Seguridad Social, desde el punto de vista de la negociación colectiva la relación que el convenio estatutario establece con la ley no es de complementariedad, sino de suplementariedad, porque, como su propio nombre indica, la finalidad de las mejoras es siempre y únicamente meliorativa de dichas prestaciones.

Por otra parte, es posible, asimismo, que las mejoras internas se establezcan en virtud de convenio colectivo extraestatutario o concesión unilateral del empresario, incorporándose en estos dos casos al contrato de trabajo como condición más beneficiosa (STS 19-3-1991).

El estudio del concepto, caracteres y régimen jurídico de las mejoras voluntarias se realiza en el lugar correspondiente de esta obra (Capítulo 20, II).

## 2. FUENTES SUPLETORIAS

Ningún sector del ordenamiento jurídico goza de autarquía normativa y el Derecho de la Protección Social no escapa a esa regla. La *conexión supletoria* vincula este Derecho, en su vertiente pública, con otras disciplinas o sectores del ordenamiento y lo hace mediante remisiones a éstos, integrando así por sustitución las disposiciones de ese Derecho, insuficientes o inexistentes. De esta conexión supletoria debe distinguirse con claridad la *conexión complementaria*, dado que esta última no integra la norma de protección social por sustitución ni, por tanto, viene a suplirla, sino que su función se limita a complementarla en determinados aspectos necesarios. Esta función de complemento actúa de forma implícita o expresa. Un ejemplo de la primera se encuentra en el artículo 267.1, a) 4º TRLGSS que establece como uno de los supuestos que delimitan la situación legal de desempleo la extinción (rectius despido) del contrato de trabajo por causas objetivas, lo que exige de modo implícito remitirse a los artículos 49.1, l), 52.c) y 53 TRET a fin de establecer la configuración y régimen jurídico de esta clase de despido. Una muestra de la segunda la brinda el artículo 262.2 TRLGSS, que, al definir el desempleo total, completa parcialmente el concepto que utiliza con expresa remisión al artículo 47 TRET en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, y a la reducción temporal de la jornada de trabajo.

La conexión supletoria, que actúa para la aplicación de las fuentes de esta naturaleza, opera respecto de dos ámbitos reguladores, interno o externo al Derecho de la Protección Social Pública. En el ámbito regulador interno dicha conexión tiene lugar por remisión expresa en dos supuestos. En el primero de ellos la remisión expresa se produce en el marco de este mismo Derecho. Ello sucede, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 261 TRLGSS, que remite al título I de esta norma (Normas generales del Sistema de la Seguridad Social), así como a las disposiciones que se dicten en su aplicación y desarrollo, para lo no previsto expresamente en el título II de la misma (Régimen General de la Seguridad Social). En el segundo supuesto la remisión expresa tiene lugar desde el mencionado Derecho al ordenamiento común. Éste es el caso, a modo de ejemplo, de la remisión al Derecho Civil propio de las CCAA que lo tengan para la completa consideración de pareja de hecho y su acreditación a fin de acceder al derecho a la pensión de viudedad (art. 221.2 TRLGSS).

En el *ámbito regulador externo* la conexión supletoria actúa por *remisión expresa* desde el ordenamiento común a sectores regidos por leyes no comunes o especiales, como sucede con el Derecho de la Protección Social Pública. Tal remisión incorpora la aplicación de instituciones o partes de este ordenamiento a dichos sectores, y lo lleva a cabo de dos formas: específica y genérica. La *remisión expresa y específica* se vehicula a través de dos instituciones que operan como fuentes supletorias: la costumbre y los principios generales del derecho. El carácter específico de la remisión debe entenderse en el sentido de que tales fuentes se contemplan de modo concreto en el ordenamiento común remitente. Mediante la *remisión expresa y genérica* determinadas partes del ordenamiento común resultan aplicables en defecto de la regulación propia de la protección social [véase *infra* III, 2, c)].



### A) *La costumbre*

La inexistencia de un cuadro de fuentes expresamente formulado en el Derecho de la Protección Social Pública, comporta que la costumbre no aparezca tampoco en el mismo como fuente concreta de este sector del ordenamiento, al modo en que lo hace en el Decreto del Trabajo. De aquí que su eventual aplicación en el mismo derive de la remisión expresa y específica que el ordenamiento común privado efectúa al respecto estableciendo la aplicación supletoria de la costumbre en defecto de ley, siempre que la misma no contradiga la moral o el orden público y resulte probada (art. 1.3 CC). No obstante, la aplicación de la costumbre es prácticamente nominal en el Derecho de la Protección Social pública, toda vez que, como ya se ha subrayado, la mayor parte del mismo está integrada por normas que pertenecen al orden público y que, en consecuencia, dejan un espacio exiguo a dicha aplicación. En ese espacio podría operar la costumbre, por ejemplo, mediante su recepción en la negociación colectiva en aquellos casos en los que el convenio colectivo incorporase un uso empresarial consistente en conceder a los trabajadores una mejora voluntaria de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, de modo que la misma dejara de configurarse, al tiempo, como condición más beneficiosa de origen contractual y pasara a tener su anclaje en el convenio.

### B) *Los principios generales del Derecho*

A diferencia de la costumbre, los principios generales del derecho desempeñan un cometido de la máxima relevancia en el Derecho de la Protección Social Pública, si bien no con el mismo alcance en su doble función integradora e informadora del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC). La función integradora permite la aplicación de dichos principios en defecto de ley o de costumbre, situándolos pues como fuente supletoria de segundo grado con la finalidad de colmar lagunas que las fuentes principales no alcancen a cubrir. Pero de nuevo aquí la amplitud del acervo normativo, legal y reglamentario, del referido Derecho reduce significativamente esta función, aunque, desde luego, no la elimina. Tal es el caso, a modo de ejemplo, del principio de buena fe, a cuyas exigencias debe someterse el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), plenamente aplicable, desde luego, en el ámbito de la protección social pública.

Un mayor espacio aplicativo deriva de la función informadora que aquellos principios tienen legalmente asignada, en su doble faceta, directiva e interpretativa. En su dimensión directiva, tales principios configuran criterios de actuación para el legislador en aquellos casos en que la norma ha de tenerlos en cuenta. Por ejemplo, el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) encuentra su reflejo en la garantía legal por parte del Estado de que las personas, familiares o asimilados, que tengan a su cargo, incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, gocen de «la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley» (art. 2.2 TRLGSS).

Desde su vertiente interpretativa, los principios desempeñan el frecuente cometido de coadyuvar a la averiguación del sentido y alcance de los preceptos y de las normas. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) resulta aplicable para dilucidar si la libertad del legislador para configurar la acción protectora de la Seguridad Social encuentra un límite insuperable en ese principio, en su vertiente de no discriminación por razón de sexo, en el supuesto de que se exija un cómputo distinto del período de cotización necesario para acceder a la pensión de jubilación en los contratos a tiempo parcial respecto de los contratos a tiempo completo, cuando, además, queda probado que los contratos a tiempo parcial se formalizan en su mayoría con trabajadoras, cuestión a la que la doctrina constitucional ha contestado afirmativamente estableciendo en tal caso la vulneración del artículo 14 CE al lesionarse tanto el derecho a la igualdad como por existir una discriminación indirecta por razón de sexo, declarando, a este propósito la inconstitucionalidad y la nulidad de la regla segunda, apartado primero, de la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> LGSS (SSTC 61/2013, 71 y 73/2013; STJUE 22-11-2012).

### C) *El Derecho supletorio*

Como se ha señalado anteriormente, en virtud de la *remisión expresa y genérica*, determinadas partes del ordenamiento común, y por disposición de éste, resultan aplicables en defecto de la regulación propia a las materias o submaterias que se rijan por otras normas. Esto sucede en dos supuestos generales. Conforme al primero, la remisión se efectúa desde el ordenamiento común privado. Paradigma de la misma es el artículo 4.3 CC, cuyas disposiciones se aplican «como supletorias en las materias regidas por otras leyes». Piénsese, por ejemplo, que para determinar la existencia del nacimiento de la persona en la contingencia de maternidad, como situación protegida por la Seguridad Social (arts. 1177 y 178.2 TRLGSS), puede ser necesario aplicar los artículos 29 a 31 CC. De acuerdo con el segundo supuesto, la remisión tiene su origen en el ordenamiento común público. Tómese como ejemplo, al respecto, la remisión que se efectúa desde el mismo para aplicar con carácter subsidiario la LRJPAC a los procedimientos administrativos de imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social (Disp. Adic. 7.<sup>a</sup> LRJPAC); procedimientos especiales que pertenecen a la materia propia de la legislación laboral (Preámbulo del RD 928/1998, de 14 de mayo, en relación con la Disp. Adic. séptima LOITSS).

## 3. FUENTES INDIRECTAS: LA JURISPRUDENCIA

Con una abundancia derivada de la extensa y compleja normativa delimitada por el Derecho de la Protección Social, señaladamente en su dimensión pública, la jurisprudencia desempeña funciones decisivas en la aplicación e interpretación de este sector del ordenamiento. En sus distintos ámbitos, la doctrina constitucional (TC), la jurisprudencia ordinaria (TS) y la jurisprudencia comunitaria (TJUE) tienen encomendada una triple función: interpretativa, depuradora y unificadora, que no opera de modo aislado, sino en conexión estrecha (para su caracterización, véase el Capítulo 2, VI, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*).

### A) *Función interpretativa*

La función interpretativa está expresamente encomendada por la ley a la jurisprudencia, estableciendo que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (art. 1.6 CC). La interpretación atribuida no es en ningún caso simple subsunción mecánica del supuesto de hecho en la norma. Por el contrario, entraña una actividad técnica compleja que, sin llegar a la creación de otra norma, la recrea desentrañando su significado y alcance mediante las pautas hermenéuticas generales establecidas a este efecto para las normas y los contratos (arts. 3 y 1.281 a 1.289 CC). Se trata, sin duda, de una función esencial, inherente a la jurisprudencia, pero que concierne también a todo jurista que deba aplicar el ordenamiento. No es dudoso, por ello, que, desde el desarrollo de esta función interpretativa, haya de predicarse de la jurisprudencia ordinaria su carácter de fuente indirecta del Derecho, y, en consecuencia, del Derecho de la Protección Social.

De la función interpretativa participan también, por ministerio de la ley y en sus respectivos ámbitos, el TC y el TJUE. Al primero en su condición de órgano constitucional único en su orden, se le considera como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LO 2/1979) y órgano superior «en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Función que concierne asimismo al segundo en su calidad de «garante del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE), así como de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE).

### B) Función depuradora

Vinculada indefectiblemente a la función interpretativa, la de índole depuradora ratifica la consideración de la jurisprudencia como fuente indirecta del Derecho. Actúa de modo necesario e instrumental mediante la interpretación de las normas, pero la identificación de su sentido y alcance puede determinar ciertos efectos sanadores ya sea para rectificar su significado (actuando así como legislador positivo), ya sea para inadmitir su presencia en el ordenamiento expulsándolas total o parcialmente del mismo (operando en este caso como legislador negativo), pudiendo ambas finalidades coexistir en una misma resolución. Por lo que hace a la doctrinal judicial, el recurso de casación ordinario del que conoce el TS permite canalizar esta función depuradora, ya que uno de los motivos que habilitan para su utilización se funda en la «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» [art. 207.e) LJS].

Comparten esta función depuradora el TC y el TJUE. La doctrina constitucional mediante los procesos de control de constitucionalidad de las leyes o de normas con fuerza de ley (recurso y cuestión de inconstitucionalidad, así como el control previo de los tratados internacionales, excepto las normas del Derecho Comunitario Europeo que competen al TJUE de acuerdo con la STC 64/1991), como legislador negativo o positivo. Negativamente en virtud de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, a las que se atribuyen «plenos efectos frente a todos» (art. 164.1 CE), lo que significa que, junto a su valor de cosa juzgada, «vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» (art. 38.1 LOTC). Se asigna así a estas sentencias un efecto anulatorio semejante, aunque no igual, al que produce la derogación de una ley. Positivamente, las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, si bien no declaran la inconstitucionalidad de una norma o de un precepto, salvan esa ausencia concretando la interpretación de los mismos que resulta conforme con la CE.

La función depuradora también incumbe al TJUE, en particular mediante el control de legalidad de ciertos actos comunitarios, cuyo objeto versa sobre recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder (art. 263 TFUE). La sentencia que lo resuelva puede declarar «nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado» (art. 264 TFUE), con efectos de cosa juzgada y consecuente oponibilidad *erga omnes* de la misma.

### C) Función unificadora

Con el imprescindible soporte de la interpretación, a la jurisprudencia compete asimismo una función unificadora destinada a homogeneizar los distintos criterios de aplicación e interpretación del ordenamiento, efecto inevitable de la pluralidad de órganos que actúan en los distintos órdenes y ámbitos jurisdiccionales.

En la esfera de la protección social y por lo que hace al orden social de la jurisdicción, esa función unificadora está encomendada al recurso de casación para la unificación de doctrina, del que conoce la Sala cuarta del TS (véase el Capítulo 27, III, 3 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*). Su finalidad se dirige a la unificación de doctrina de las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ, cuando éstas bien se contradigan entre sí, bien lo hagan con la de otra u otras Salas de los mismos, o bien con las de la Sala cuarta del TS (arts. 218 y 219.1 LJS). El objetivo unificador se consigue cuando la sentencia del TS declara la quiebra de la unidad de la doctrina judicial (no de la jurisprudencia pues las Salas de los TSJ no la crean) anulando la sentencia impugnada y resolviendo el debate «con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina», que afectarán a las situaciones jurídicas particulares creadas por dicha sentencia pero no a las generadas por las resoluciones precedentes (art. 228.2 LJS).

En el orden constitucional, la función unificadora aparece integrada en el principio de interpretación conforme a la Constitución. Dirigido a los órganos judiciales del Estado, el principio les obliga a interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (art. 5.1 LOPJ). Alcanza así la jurisprudencia constitucional un valor cuasi normativo para la jurisdicción ordinaria, incluyendo la jurisprudencia que de la misma emane, dado que los órganos judiciales han de interpretar la CE con arreglo a las resoluciones que sobre la norma constitucional haya adoptado el TC.

En el ámbito comunitario, la jurisprudencia del TJUE cumple su función unificadora respecto de los órganos judiciales de los Estados miembros, vehiculada sobre todo a través del recurso prejudicial, de modo que, junto a la interpretación del Derecho comunitario relativo a la protección social, el Tribunal se pronuncia sobre la validez o no de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión [arts. 19.3.b) TUE y 267.b) TFUE], lo que incluye dicha materia. Este juicio de validez, que corre paralelo con la necesaria tarea interpretativa, sienta las bases de las que deben partir los órganos judiciales de los Estados miembros a la hora de aplicar el referido ordenamiento, lo que confiere una dimensión cuasi normativa a la jurisprudencia comunitaria.

## IV. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL

La determinación e inteligencia de la norma que ha de regular en la práctica las instituciones y relaciones jurídicas exige distinguir dos clases de técnicas: la aplicación y la interpretación. La distinción obedece a razones metodológicas antes que prácticas, puesto que ambas técnicas suelen utilizarse conjuntamente en aquella esencial tarea. Pero la distinción no es ni mucho menos ociosa, pues permite analizar por separado y comprender cabalmente el sentido y la operatividad de unas técnicas que tienen sus propias reglas y cumplen funciones diferenciadas. Estudiadas en el lugar apropiado su caracterización general y sus límites en el ordenamiento del trabajo (véase el Capítulo 3, I y II de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*), aquí sólo procede examinar sus singularidades en el Derecho de la Protección Social Pública por constituir éste el núcleo básico del conjunto normativo integrado en la protección social.

### I. APLICACIÓN

En la aplicación de las normas que componen el Derecho de la Protección Social Pública existen dos características que desactivan o aminoran la mayor parte de los principios de aplicación en el ámbito de las normas laborales. Por un lado, el carácter extensivo del principio de norma mínima, con fortísimo predominio del derecho necesario absoluto. Por otro, el carácter restringido del convenio colectivo, sólo asequible para incorporar a su contenido mejoras voluntarias internas. Estos rasgos explican que en la protección social pública no se plasmen legalmente de modo expreso los principios de aplicación específica de sus normas, excepción hecha del principio de indisponibilidad de derechos. Con todo, de la consideración conjunta de los citados rasgos derivan ciertas peculiaridades en relación con los principios de norma más favorable, de condición más beneficiosa y de indisponibilidad de derechos.

#### A) Principio de norma más favorable

La aplicación de este principio, aunque no inviable, reviste una acusada excepcionalidad, habida cuenta de que la extensión del derecho necesario absoluto interno —que suele mejorar los mínimos contemplados en las normas internacionales y comunitarias en la materia— y el débil juego del convenio colectivo, diluyen las exiguas posibilidades de concurrencia conflictiva entre las normas en esta vertiente de la protección social.

*B) Principio de condición más beneficiosa*

El juego del principio de condición más beneficiosa muestra en este sector una limitada virtualidad material, toda vez que, en una sucesión normativa —la más frecuente es la que se produce entre convenios colectivos estatutarios— tal principio sólo garantiza la conservación de las condiciones de esa naturaleza pactadas en contrato de trabajo, de forma expresa o tácita, o por voluntad inicial del empresario admitida posteriormente por el trabajador mediante esa doble forma, o bien acordadas en convenio colectivo extraestatutario y siempre que no opere el mecanismo de la absorción y compensación. Pero hay que tener en cuenta que esas condiciones actúan en un ámbito material extremadamente reducido, ya que únicamente pueden referirse a las mejoras voluntarias internas. Por consiguiente, tan sólo dichas mejoras pueden constituir fuente de condiciones más beneficiosas en una sucesión de normas de protección social.

*C) Principio de indisponibilidad de derechos*

Este principio debe considerarse de modo separado en los distintos Sistemas de Protección Social Pública.

*a) Sistema de la Seguridad Social*

En este sistema, el principio de indisponibilidad de derechos muestra una intensidad especialmente acentuada. La regla básica en la que el principio se recoge prescribe que «Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley» (art. 3 TRLGSS). De este precepto se infieren determinados límites que precisan su sentido y alcance.

*a') Límites materiales*

De la literalidad del precepto parece desprenderse que la implícita prohibición que su contenido refleja se ciñe tan sólo a los actos de renuncia pactada, ya sea en contrato de trabajo, ya sea en convenio, acuerdo o pacto colectivos. Esta inicial interpretación debe ser corregida acudiendo a los cánones hermenéuticos de carácter sistemático y finalista. En la órbita del Derecho Público a la que pertenece la protección social de esta naturaleza, se permite la renuncia de derechos al interesado en un procedimiento administrativo siempre que la misma no está prohibida «por el Ordenamiento Jurídico» (art. 90.1 LRJPAC). El alcance omnicomprendivo del ordenamiento común privado en relación con la eficacia general de las normas jurídicas permite establecer como límite igualmente general a la renuncia válida de los derechos que ésta no contraría el interés o el orden público (art. 6.2 CC). Ambos están presentes en la protección social pública y, en cuanto ahora importa, en el Sistema de la Seguridad Social (art. 41 CE). Siendo la finalidad de este Sistema la tutela de situaciones de necesidad, ese objetivo quedaría burlado si la renuncia prohibida quedase sólo circunscrita a la obtenida mediante pacto. Por ello, el ámbito de la prohibición debe incluir tanto la renuncia en sentido propio, esto es, el acto abdicativo unilateral e irrevocable (STS 28-4-2004 y STSJ/Aragón 18-4-2005), como cualquier acto de disposición de derechos o facultades de seguridad social legalmente reconocidos, lo que incluye también el derecho a la asistencia sanitaria (STSJ/Cataluña 21-11-2002). Sólo por vía de excepción, expresamente prevista en la ley, puede inaplicarse esta regla general prohibitiva [por ejemplo, el derecho a las prestaciones por desempleo puede extinguirse válidamente por renuncia voluntaria de su beneficiario: art. 272.1, g) TRLGSS].

Por otra parte, en el artículo 3 TRLGSS la renuncia prohibida se refiere a los derechos reconocidos en dicha norma. Esta delimitación es insuficiente, dado que todas las normas y derechos que integran el Sistema de la Seguridad Social participan de la naturaleza pública del mismo, figuren o no incluidos en el TRLGSS, alcanzándoles así la prohibición general de renuncia de derechos contraria al orden público (art. 6.2 CC). En lo que toca a las mejoras voluntarias, reconocidas en pacto individual o colectivo, tam-



poco pueden ser objeto de renuncia ni acto de disposición una vez establecidas (STSJ/País Vasco 12-1-1999), puesto que, en tal caso, «forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social» (art. 1.3 OMME).

#### b') Límites temporales

Guarda silencio el artículo 3 TRLGSS sobre el ámbito temporal al que alcanza la prohibición de renuncia que el mismo contempla. Ante el silencio literal no cabe distinguir, máxime teniendo en cuenta que la renuncia anticipada a la adquisición del derecho lesiona igualmente su titularidad y ejercicio y, con ello, el interés y el orden públicos ínsitos en la protección social pública. La doctrina judicial incluye en la renuncia prohibida tanto el derecho futuro como el ya reconocido (STSJ/Andalucía-Granada 13-5-2003 y STSJ/Aragón 18-4-2005).

#### c') Límites subjetivos

El ámbito subjetivo de la indisponibilidad de derechos del artículo 3 TRLGSS contempla únicamente al trabajador, pero no resulta dudoso que, no siendo éste el único sujeto titular de derechos de la Seguridad Social, ese ámbito debe incluir asimismo a todos los beneficiarios de este Sistema (por ejemplo, STSJ 26-9-2003 respecto de la indemnización a los herederos del trabajador accidentado que fallece).

#### b) Sistema de Asistencia Social Autónoma y Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia

En ninguno de los mencionados Sistemas se contempla expresamente el principio en estudio. El silencio no implica, sin embargo, mayor permisividad legal en su aplicación, porque ésta se infiere del carácter público inherente a tales Sistemas. De ese carácter queda suficiente constancia en las normas legales aplicables. De un lado, la competencia de las CCAA para regular la Asistencia Social externa (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE), se ha ejercido en las leyes autonómicas con expresión de la naturaleza pública de los organismos que reconocen las correspondientes prestaciones de igual naturaleza (por ejemplo, arts. 1 y 3 Ley 10/1997, de 3 de julio, de renta mínima de inserción de Cataluña). De otro, la regulación estatal del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia refleja sin duda el carácter básicamente público del mismo y de la red de servicios y prestaciones que lo integran [arts. 1 y 3.a) LAPAD]. La titularidad en esencia pública del entramado institucional que conforma estos Sistemas y de su misma ordenación, determinan la imposibilidad de renuncia y disposición respecto de los derechos que para los beneficiarios de sus prestaciones y servicios se establecen en ese marco, pues tal abdicación violaría el límite del orden público que el ordenamiento común privado establece para la válida renuncia de derechos reconocidos en la ley aplicable (art. 6.2 CC).

## 2. INTERPRETACIÓN

En similitud al Derecho del Trabajo, el Derecho de la Protección Social Pública cuenta con un arraigado principio de interpretación de sus normas, cual es, el *principio in dubio pro beneficiario*. En el mismo orden de semejanza, este principio debe distinguirse del *principio pro beneficiario*, con el que guarda una estrecha conexión. Esta relación es de carácter causal. El campo operativo del *principio pro beneficiario* es el de la vertiente reguladora de las normas relativas a la protección social pública, proporcionando a las mismas un contenido que, en este marco, presenta una intensidad tuitiva del beneficiario más acentuada que aquella otra que ofrece el *principio pro operario*, lo que se explica considerando la sustancial naturaleza pública de aquella protección (art. 41 en relación con los arts. 1.1 y 9.2 CE). Por consiguiente, el *principio pro beneficiario* no es un principio de interpretación de la norma, sino que cumple una función distinta,



primaria y principal de carácter tuitivo, ya que debe impulsar y guiar la elaboración de las normas en tal sentido y debe hacerlo de un modo constante y progresivo (por ejemplo, estableciendo el principio de indisponibilidad de derechos o reconociendo el derecho a una pensión de jubilación adecuada).

Una vez que el *principio pro beneficiario* ha encarnado en la norma, entra en juego el *principio in dubio pro beneficiario*, que no es sino la manifestación judicial del primero, de modo que comparte con él los mismos fundamentos constitucionales. Su esfera de actuación se desenvuelve en el marco más reducido de la interpretación de las normas de protección social pública. La técnica interpretativa a la que debe ajustarse señala que, entre distintas interpretaciones posibles de un precepto o preceptos encuadrables en dichas normas, el órgano judicial debe inclinarse por aquella que más favorezca al beneficiario, teniendo en cuenta los límites legales y jurisprudenciales establecidos para la utilización de dicha técnica (para su estudio, véase el Capítulo 3, II, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. FUENTES ESTATALES Y SUPRAESTATALES

- AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIDOS DAUDOR, G., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección social complementaria*, Madrid, 2003.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Los principios jurídicos de la Seguridad Social», en LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (coords.): *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Albacete, 2005.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Razones para una reforma de la Seguridad Social española», *RL*, n.º 5/1985.
- APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989.
- «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo», *RDS*, n.º 19/2002.
- BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M. G.: «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social», *RMTAS*, n.º 60/2006.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, n.º 65/1982.
- DESDENTADO BONETE, A.: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del Código de la Protección Social», *RL*, n.º 7/1996.
- «Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario», *Diario La Ley*, 15-12-2003.
- ESTEVE GONZÁLEZ, C.: *Las rentas mínimas autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «La dependencia: delimitación competencialmente el Estado y Comunidades Autónomas y concurrencia de prestaciones», en VVAA: *Economía de la Seguridad Social*, Murcia, 2006.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La protección social de las situaciones de dependencia», *RL*, II/2004.
- LEÓN ALONSO, M.: *La protección constitucional de la salud*, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. Á.: *Protección social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentarios a la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Navarra, 2007.
- OIT: *Informe sobre la Protección Social en el Mundo 2014-2015. Construyendo la recuperación económica, el desarrollo inclusivo y la justicia social*. Ginebra, 2014.
- QUINTERO LIMA, M. G.: *Derecho transitorio de la Seguridad Social*, Madrid, 2006.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La protección social de la dependencia», *RL*, n.º 23-24/2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma», en *VVAA: II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Protección social y rentas mínimas de inserción», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (coord.): *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, 1995.
- SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estado Social y Seguridad Social (I y II)», *RL*, n.º 22 y 23/1994.
- VIDA SORIA, J.: «Artículo 41. Seguridad Social», en ALZAGA VILLAMIL, Ó. (coord.): *Comentarios a la Constitución española*, Tomo IV, Madrid, 1996.

## II. FUENTES PROFESIONALES, SUPLETORIAS E INDIRECTAS

- GALLARDO MOYA, R.: «Las mejoras voluntarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva», *RL*, n.º 23/1991.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Seguridad Social comunitaria y Jurisprudencia española*, Madrid, 1996.
- MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, 1970.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: «Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial», *AL*, 2001, tomo 2.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate», *RL*, n.º 4/2000.
- YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, 1995.

PARTE SEGUNDA.  
PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA



### CAPÍTULO 3.

## SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ESTRUCTURA, CAMPO DE APLICACIÓN Y RELACIONES JURÍDICAS

El Sistema de la Seguridad Social, cuyas normas generales aparecen recogidas en el Título I del TRLGSS, se puede definir como un conjunto de normas jurídicas que regulan y ordenan toda la Seguridad Social. Estas normas reguladoras del Sistema de la Seguridad Social no suelen tener aplicabilidad directa, ya que su objetivo es establecer las grandes líneas de la Seguridad Social, concebida como un todo coherente. El Sistema de Seguridad Social comprende la regulación de los instrumentos protectores, razón última del mismo, las relaciones jurídicas que dan lugar a esos instrumentos protectores, los organismos gestores y colaboradores de la Seguridad Social y por último, las fuentes de financiación del Sistema.

En el presente capítulo se abordará la actual configuración de la Seguridad Social, su campo de aplicación y las relaciones jurídicas del Sistema de la Seguridad Social, dejando para los dos capítulos siguientes el estudio de la gestión y financiación, así como la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social.

La actual Seguridad Social española está configurada en dos niveles: el contributivo, de carácter profesional, que sigue el modelo Bismark y el asistencial o universal que se inspira en el modelo Beveridge, sin olvidar el nivel complementario, que como su nombre indica tiene carácter voluntario y se añaden a los dos anteriores.

A continuación se estudiará el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, esto es, las personas incluidas e implicadas en su Sistema y las personas que resultarán beneficiarias de las prestaciones que ese mismo Sistema facilita. Se podrá observar cómo el campo de aplicación, de manera paulatina, se ha ido deslaboralizando: el trabajador por cuenta ajena continúa siendo el centro del Sistema, pero el proceso expansivo de la Seguridad Social ha hecho que se incluyan dentro de su ámbito subjetivo a personas que ni siquiera tienen contrato de trabajo, unos en calidad de asimilados, otros excluidos expresamente del ET y otros por el mero hecho de ser españoles y residentes en el territorio nacional.

Y, por último, se estudiarán las relaciones jurídicas de Seguridad Social, distinguiéndolas en función de los dos niveles de protección: en el nivel contributivo, existen unas relaciones instrumentales entre la Administración institucional de la Seguridad Social, la empresa y el trabajador, son las denominadas relaciones jurídicas de afiliación, cotización y prestaciones que determinan la pertenencia al Sistema. En el nivel asistencial, la relación jurídica se entabla entre el Estado y sus entes instrumentales con el sujeto protegido, en cuanto miembro de la colectividad, para protegerle de determinados estados de necesidad, financiando dicha relación al margen de la relación jurídica de Seguridad Social.

## I. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque el diseño constitucional (art. 41 CE) de nuestro Sistema de Seguridad Social estaba perfectamente claro desde 1978, no sería hasta el año 1990 con la promulgación de la LPNC cuando se haría realidad la existencia de dos modalidades en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social (art. 2 TRLGSS). La doctrina ha criticado la terminología empleada por el TRLGSS al considerar que más que de dos modalidades se trata de dos ramas o niveles, dado que son dos alternativas de protección autónoma que tiene cada una de ellas su propia lógica interna, aunque el propio TRLGSS erróneamente regule las prestaciones no contributivas dentro del Título II, regulador del Régimen General, juntamente con las prestaciones contributivas.

Nuestro Sistema vigente de Seguridad Social responde a un modelo mixto, en el que hay una parte contributiva y una parte no contributiva o asistencial (art. 2 TRLGSS).

### I. NIVEL CONTRIBUTIVO

La concepción contributiva o profesional tiene actualmente en nuestro Sistema de Seguridad Social una importancia cuantitativa superior a la concepción asistencial.

Tiene como rasgos comunes con la previsión social en que el sujeto obligado contribuye al mantenimiento del Sistema y existe una responsabilidad por los riesgos; sin embargo, se detectan unas diferencias importantes, basadas en que no existe diversidad de regímenes aseguradores y en que no se cubren riesgos propiamente dichos, sino estados de necesidad.

La concepción contributiva o profesional presenta dos restricciones importantes respecto a la concepción asistencial:

- No rige el principio de universalidad subjetiva, ya que su ámbito subjetivo se delimita a las personas comprendidas en el campo de aplicación y cotización.
- No rige el principio de generalidad objetiva, dado que solamente se protegen determinados estados de necesidad en función de las disponibilidades financieras del Sistema.

Este nivel contributivo de nuestro Sistema de Seguridad Social se puede considerar integrado por:

- El Régimen General, regulado en el Título II del TRLGSS, es el paradigma de protección al que tienden a aproximarse los Regímenes Especiales. En el Régimen General se incluyen obligatoriamente los trabajadores por cuenta ajena o asimilados de la industria, construcción y servicio (Capítulos 6 a 15).
- Los Regímenes Especiales de Seguridad Social (art. 10 TRLGSS) responden a las singularidades de determinadas actividades profesionales (mar, minería del carbón, autónomos, funcionarios, estudiantes) que requieren una regulación de Seguridad Social distinta a la del Régimen General (Capítulos 16 y 17).
- Los Sistemas Especiales (art. 11 TRLGSS) dentro del Régimen General o de los Regímenes Especiales. Su especialidad radica en las peculiaridades en materia de encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación. Como Sistemas Especiales del Régimen General se pueden citar el de trabajadores por cuenta ajena agrarios, empleados del hogar, de frutas y hortalizas, de conservas vegetales, salas de fiesta, discotecas, resina, exhibición cinematográfica, empaquetado de tomate, servicios extras de hostelería (Capítulo 18, II) y como Sistema Especial dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el de trabajadores por cuenta propia agrarios (Capítulo 18, III).



## 2. NIVEL ASISTENCIAL

La concepción no contributiva o asistencial de nuestro Sistema de Seguridad Social es relativamente reciente. Históricamente surge en 1989 con la extensión de la asistencia sanitaria a las personas que perciban rentas inferiores al SMI, pero sobre todo con la promulgación de la LPNC que fija prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y familiares por hijo a cargo a aquellas personas que sin haber contribuido previamente a la Seguridad Social carezcan de recursos económicos (STC 65/87 y 239/02). A partir de ese momento se produce una importante novedad en la configuración de nuestro Sistema de Seguridad Social, ya que junto con un nivel protector de carácter profesional o contributivo va a coexistir un nivel protector de carácter asistencial, en el que el único requisito exigible es el de ser ciudadano y residente en España durante un tiempo para tener derecho a unas determinadas prestaciones.

Las notas características de este nivel asistencial de protección son las siguientes:

- No se exige estar afiliado ni de alta en la Seguridad Social.
- No es preciso haber contribuido previamente al Sistema de Seguridad Social.
- Debe materializarse una situación de necesidad, objetivada por tener una renta inferior a un nivel mínimo señalado expresamente por el legislador.
- Las prestaciones no tienen carácter vitalicio, sino que su duración vendrá condicionada a la persistencia del estado de necesidad.
- La cuantía de la prestación estará en función del estado de necesidad, de tal manera que será equivalente a la diferencia entre dicho nivel mínimo y las rentas reales del beneficiario independientemente de su origen.
- Las prestaciones se financian a través de los PGE.
- Las CCAA tienen competencia para establecer ayudas a favor de los pensionistas del Sistema de la Seguridad Social residentes en ellas (art. 38.4 TRLGSS).

Desde un punto de vista teórico esta concepción no contributiva o asistencial está basada en los siguientes principios:

- Universalidad subjetiva: ya que afecta no sólo a los trabajadores, sino a los ciudadanos en general.
- Generalidad objetiva: protege estados de necesidad, tanto individuales como colectivos.
- Igualdad protectora.
- Unidad de gestión: la titularidad de la gestión corresponde al Estado, valiéndose de entes públicos.
- Solidaridad financiera: a través del PGE.

Sin embargo, en nuestro país las prestaciones de nivel asistencial tienen una importancia relativa, dado su carácter residual con respecto a las prestaciones contributivas. El principio de universalidad subjetiva aparece muy limitado, ya que no afecta a todos los ciudadanos en general, sino a un determinado colectivo de personas muy pequeño, dado que el límite máximo de renta exigible por el legislador para calificar el estado de necesidad es realmente bajo. Por otra parte, el principio de generalidad objetiva también tiene una importante limitación, ya que no se protegen todos los estados de necesidad de ese colectivo de ciudadanos, sino solamente se conceden prestaciones de incapacidad permanente, jubilación, protección familiar y asistencia sanitaria. Y, por último, las prestaciones de nivel asistencial tienen una cuantía ciertamente reducida que aparece determinada en la LPGE vigente para cada año.

## 3. NIVEL COMPLEMENTARIO

Además de los dos niveles que configuran nuestro Sistema de Seguridad Social para los cuales rige el principio de reserva legal (art. 53.3 CE), en el ámbito de la empresa y a través de la negociación colectiva se pueden implantar mejoras a las prestaciones de la Seguridad Social, de modo libre, a través de la pre-

visión social complementaria (Capítulo 19, II). Este nivel, aunque residual, tiene su apoyo en la CE (art. 41, *in fine*) cuando determina que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Los instrumentos a través de los cuales se puede mejorar la acción protectora del nivel contributivo de la Seguridad Social (art. 39 TRLGSS) son los planes y fondos de pensiones (Capítulo 19, III), las mutualidades de previsión social (Capítulo 19, IV, 1) y los seguros (Capítulo 19, IV, 2), aunque nada obsta para que el nivel no contributivo o asistencial, también, pueda ser complementado de manera voluntaria, al tratarse de prestaciones libres y distintas de la Seguridad Social de las que el Estado no se hace cargo y que se financian por vías privadas.

Dentro del nivel complementario se puede aludir, también, a la Asistencia Social externa a la Seguridad Social, como es el sistema para la autonomía y atención a la dependencia (Capítulo 14, III) creado como un mecanismo de protección social complementario y ajeno a la misma. Es complementario y ajeno a la Seguridad Social por las siguientes razones: porque incluye en su ámbito a personas que no tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, porque otorga prestaciones distintas a las de Seguridad Social (rentas de subsistencia) y porque es gestionada por entidades distintas a las que gestionan la Seguridad Social. El problema principal se plantea a la hora de diferenciar las prestaciones de Asistencia Social externa a la Seguridad Social de las prestaciones no contributivas o asistenciales de Seguridad Social. Estas últimas tienen naturaleza asistencial desde el punto de vista material, sin embargo, no son asistenciales en sentido formal porque no constituyen ningún tipo de protección complementaria, sino que constituyen el núcleo básico de la protección dispensada por un Sistema de Seguridad Social de carácter universalista. Otra diferencia importante entre la Asistencia Social externa a la Seguridad Social y la Seguridad Social se puede encontrar en la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, mientras que el Estado tiene competencias exclusivas en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17.<sup>a</sup> CE), las CCAA tienen competencias exclusivas en materia de Asistencia Social (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE), competencias que han asumido la totalidad de los Estatutos de Autonomía.

## II. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El estudio del artículo 7 TRLGSS intitulado «extensión del campo de aplicación» del Sistema de la Seguridad Social nos permite precisar quiénes están incluidos y excluidos del Sistema. Este artículo establece dos criterios básicos, el de la profesionalidad y el de la universalización. El primero sirve para delimitar el nivel contributivo y el segundo, hace lo propio con el nivel asistencial. A su vez estos dos criterios se complementan con otros dos: el de la nacionalidad y el de la residencia. Además de estos dos niveles de protección que tienen un carácter público y, por lo tanto, excluidos de la autonomía privada, también quedan incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social las personas que hayan suscrito voluntariamente un convenio especial con la Seguridad Social como instrumento de conservación de la condición de asegurado.

### I. NIVEL CONTRIBUTIVO

#### A) *Inclusiones*

Están incluidos en el Sistema de Seguridad Social los españoles que residan en España y los extranjeros que igualmente residan (criterios personales de nacionalidad o residencia) o se encuentren legalmente en España (criterio de territorialidad) y realicen una actividad económica en España (criterio profesional), sin que puedan existir discriminaciones por motivos de sexo, estado civil y profesión (art. 7.1 TRLGSS).

a) Criterios personales de nacionalidad o residencia

Atendiendo al criterio personal están incluidos en el Sistema de la Seguridad Social los españoles que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional y los extranjeros que residan legalmente en España.

Respecto a la regla general expuesta, existen una serie de excepciones:

- Quedan incluidos, también, en el Sistema de la Seguridad Social los españoles que no residan en el territorio nacional por encontrarse desplazados al extranjero o los emigrantes españoles que trabajen en el extranjero. Estos supuestos se verán al tratar del criterio de la territorialidad.
- Asimismo quedan incluidos en el Sistema de la Seguridad Social los extranjeros en situación irregular, ya que tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LOEX), además tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia en caso de enfermedades graves o accidentes, y los menores de dieciocho años están equiparados totalmente con los españoles en materia de asistencia sanitaria. Por otra parte, la carencia de la autorización de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones, excepto la prestación por desempleo, aunque el disfrute de las prestaciones no implique la modificación de su situación administrativa (art. 36.5 LOEX).

b) Criterio territorial

La regla general de que los españoles para estar incluidos en el Sistema de la Seguridad Social deben residir en el territorio nacional admite una serie de excepciones:

- Españoles desplazados al extranjero:
  - En misión por motivos de trabajo de su empresa en desplazamiento temporal a un centro de trabajo extranjero. Se consideran asimilados al alta en Seguridad Social (art. 166 TRLGSS). No obstante, si el desplazamiento en misión es a un país comunitario se conservará el alta en la Seguridad Social española durante un período de doce meses prorrogable por otros doce meses.
  - En viaje de turismo. Se mantiene la relación jurídica de Seguridad Social, haciéndose cargo ésta de las prestaciones que pudieran sobrevenir.
  - Estancia temporal en países de la UE (art. 34 Reglamento Comunitario 574/72).
- Emigrantes españoles que trabajen en el extranjero:
  - En países de la UE. Se les aplicarán los Reglamentos comunitarios.
  - En terceros países, no comunitarios. Se aplicarán los Convenios bilaterales de Seguridad Social (Disp. Adic. 2.<sup>a</sup> TRLGSS), y en su defecto, la legislación de Seguridad Social española.
  - Retornados a España. Si el retorno es temporal tienen derecho a la asistencia sanitaria (D. 1.075/1970). Si es definitivo, pueden ser titulares de prestaciones de desempleo si reúnen los requisitos legales. Si el retorno es en calidad de pensionistas del país donde ha trabajado y no tiene cubierta la asistencia sanitaria, puede suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.
  - Empleados o funcionarios de organizaciones internacionales. Tienen idéntica protección como si residieran en España, excepto la asistencia sanitaria.
  - Cooperantes. Se incluirán en el Régimen General o en el Especial que corresponda por su origen funcional o laboral.

### c) Criterio profesional

Este criterio está basado en la realización de una actividad económica, aunque en muchos casos se ha deslaboralizado, e incluye a los siguientes colectivos (art. 7.1 TRLGSS):

- ✦ Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 ET, cualquiera que sea su modalidad contractual, su categoría profesional, su retribución o la naturaleza de su relación laboral. La gran mayoría de los trabajadores por cuenta ajena se integran en el Régimen General de la Seguridad Social (Capítulo 6, I), aunque todavía existen colectivos de trabajadores por cuenta ajena que se integran en los RREE del mar (Capítulo 16, II) y de minería del carbón (Capítulo 16, III). A partir del 1 de enero de 2012 se han integrado en el Régimen General, a través de un Sistema Especial los trabajadores por cuenta ajena agrarios en virtud de lo dispuesto en la Ley 28/2011, de 22 de septiembre (Capítulo 18, II, 1). Por otra parte, dentro del grupo de trabajadores por cuenta ajena el legislador ordinario ha incluido a los asimilados, que son colectivos que no realizan trabajo por cuenta ajena sino una serie de actividades, tales como la de diputados, senadores, ministros de las distintas confesiones religiosas, miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva, consejeros y administradores de sociedades mercantiles siempre que no posean el control de las mismas. Sin embargo, no tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, los familiares hasta el segundo grado inclusive del empresario cuando convivan en su hogar y estén a su cargo (art. 7.2 TRLGSS), como se expondrá al tratar de las exclusiones del campo de aplicación.
- ✦ Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que presten sus servicios de manera habitual, personal y directa. La mayoría de los trabajadores autónomos están afiliados en el RETA, bien de manera directa (Capítulo 16, V) o través del Sistema Especial de Trabajadores por cuenta propia agrarios, entrado en vigor el 1 de enero de 2008 (art. 2 Ley 18/2007, de 4 de julio), aunque aún persiste algún colectivo excluido del RETA e integrado en el Régimen Especial del Mar (Capítulo 16, II, 1).
- ✦ Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado (Capítulo 16, IV, 1), los cuales pueden optar en los estatutos de la Cooperativa por su integración como asimilados por cuenta ajena o por su integración en el Régimen Especial correspondiente (art. 14 TRLGSS).
- ✦ Estudiantes, aunque no realicen actividad profesional remunerada. Estos colectivos tradicionalmente han sido incluidos dentro del ámbito protector de la Seguridad Social a través del Régimen Especial de Estudiantes (Capítulo 16, VI).
- ✦ Funcionarios públicos, civiles y militares, ya estén incluidos en el Régimen General (funcionarios de las CCAA, de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de la Administración Local, de organismos autónomos, personal administrativo de las Universidades) o en las distintas Mutualidades: MUFACE (Capítulo 17, II), MUGEJU (Capítulo 17, III) e ISFAS (Capítulo 17, IV), aunque estos últimos, a partir de 1 de enero de 2011, quedan incluidos en el Régimen General, a los efectos de clases pasivas, siempre que el acceso a la condición de funcionario se haya producido a partir de esa fecha (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre).

## B) Exclusiones

### a) Trabajos marginales

El TRLGSS establece la previsión de que el Gobierno, a propuesta del MTI, actualmente MEYSS, y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, podrá, a instancia de los intere-

sados, excluir del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida (art. 7.6 TRLGSS). En base a esta previsión, la jurisprudencia ha entendido que no constituye medio fundamental de vida cuando no se generan ingresos superiores al SMI (STS 26-2-81).

#### b) Trabajadores extranjeros en situación irregular

Los trabajadores extranjeros en situación irregular se consideran excluidos del Sistema de la Seguridad Social, aunque no lo estén a los efectos del disfrute de algunas prestaciones, tales como accidentes de trabajo, asistencia sanitaria y maternidad, de acuerdo con el Convenio n.º 19 de la OIT ratificado por España. Sin embargo, la legislación española es más protectora que el Convenio de la OIT al reconocer a los trabajadores extranjeros que presten servicios en situación irregular el derecho a prestaciones, excepto la prestación de desempleo, aunque tal disfrute no les sirva para modificar su situación administrativa (art. 36.5 LOEX).

#### c) Trabajos familiares

De una manera expresa se consideran excluidos del Régimen General de la Seguridad Social, pero no del RETA, los trabajos familiares. Se trata de una presunción *iuris tantum*, dado que admite prueba en contrario y comprende el trabajo del cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, y en su caso por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo (art. 7.2 TRLGSS).

## 2. NIVEL ASISTENCIAL O NO CONTRIBUTIVO

Aunque el artículo 41 CE consagra el principio de la universalidad subjetiva al reconocer el derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos, lo cierto es que el TRLGSS establece limitaciones a dicho principio, al establecer que están incluidos en el nivel asistencial del Sistema de la Seguridad Social todos los españoles residentes en el territorio nacional (art. 7.3 TRLGSS), por lo que los criterios personales de nacionalidad y residencia desempeñan un papel decisivo en este tipo de prestaciones.

Sin embargo, aunque el criterio de la nacionalidad pueda parecer un límite insalvable para el disfrute de las prestaciones de nivel asistencial, lo cierto es que el propio artículo del TRLGSS amplía esta aparente limitación a determinados colectivos de extranjeros (hispanoamericanos; portugueses; brasileños; andorranos y filipinos) que por razones históricas de vinculación con España se equiparan a los españoles a los efectos del percibo de las prestaciones no contributivas (art. 7.5 TRLGSS). Por otra parte, desde el mismo momento del ingreso de España en la UE en 1986, los ciudadanos comunitarios se equiparán a los españoles a efectos de Seguridad Social (Reglamento Comunitario 1408/1971 y 574/1972). Y, por último, la LOEX ha venido en parte a paliar las restricciones debidas a la aplicación del criterio de nacionalidad al reconocer a los extranjeros que residan legalmente en España el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art. 14.1 LOEX), por lo que los efectos negativos de dicho criterio se han ido reduciendo en beneficio del principio de universalidad.

El criterio de la residencia sigue siendo un requisito restrictivo del principio de universalización. Parece ser que la razón del legislador ordinario al imponerlo fue estrictamente económica, al poner trabas para que los extranjeros sin autorización de residencia y sin recursos pudieran beneficiarse. Sin embargo, y de manera colateral este criterio ha perjudicado gravemente a los emigrantes españoles que se encuentren en el extranjero en una situación de necesidad, aunque se haya pretendido paliarlo con medidas de asistencia social pública (art. 7.4 TRLGSS).



### 3. CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

El convenio especial de Seguridad Social es un residuo histórico, proveniente del Mutualismo Laboral, que pervive en nuestro Sistema de Seguridad Social con la finalidad de evitar la desprotección de los trabajadores que habiendo estado previamente asegurados, se ven desprotegidos como consecuencia de haber perdido los requisitos exigibles para estar dados de alta en la Seguridad Social.

La actual regulación del convenio especial se encuentra recogida en el artículo 166.2 TRLGSS y la O. TAS/2.865/2003, de 13 de octubre, que lo desarrolla reglamentariamente. No obstante, y a pesar de su vigencia la O. TAS/2.865/2003 ha sufrido numerosas modificaciones por distintos órdenes ministeriales, como la O. TAS/819/2004, O. TAS/3.862/2004, O. TAS/2.632/2007, O. TAS/482/2008 y la O. TIN/3.356/2011.

#### A) *Concepto y objeto*

El convenio especial se puede definir como aquel instrumento técnico de carácter público mediante el cual, de manera voluntaria, se inicia o consolida la situación de alta o asimilada al alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, en razón de la actividad que el trabajador o asimilado desarrolle o haya desarrollado, con la consiguiente obligación de cotizar, evitando de esta manera la desprotección del Sistema y las lagunas de cotización que redundaría negativamente en la percepción de futuras prestaciones de la Seguridad Social (art. 1.1 O. TAS/2.865/2003).

La finalidad del convenio especial es dar al suscriptor la continuidad de su alta en el Sistema de la Seguridad Social, sin que dicha situación asimilada pueda conllevar para el beneficiario más derechos de los que tendría de haber seguido estando dado de alta (SSTS 4-5-1987 y 25-1-1989).

El objeto del convenio especial con la Seguridad Social es doble: por una parte, serán las cotizaciones al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio, exceptuado el desempleo, FGS y formación profesional, y por otra parte, la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias (art. 1.2 O. TAS/2.865/2003).

No obstante, quedan excluidas de la protección del convenio especial:

- ✦ Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y los subsidios correspondientes a las mismas, salvo que los casos previstos en el Capítulo II de la Orden reguladora.
- ✦ El desempleo, FGS y formación profesional.

#### B) *Ámbito subjetivo*

El convenio especial con la Seguridad Social se suscribirá por dos partes: una parte pública, la TGSS que actuará a través de sus órganos competentes de acuerdo con la distribución de competencias que la misma tenga establecida (art. 2.1 O. TAS/2.865/2003) y otra privada, las personas que pueden suscribir el Convenio.

Podrán suscribir el convenio especial con la TGSS (art. 2.2 O. TAS/2.865/2003):

- ✦ Los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social.
- ✦ Los trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de carácter indefinido, así como los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, siempre que unos y otros continúen en situación de alta y tengan cumplidos 65 o más años de edad y acre-

diten 35 o más años de cotización efectiva, y queden exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social (art. 152 y 311 TRLGSS).

- Los trabajadores o asimilados en situación de pluriempleo o de pluriactividad que cesen en alguna de las actividades por cuenta ajena, con el objeto de mantener la misma o mismas bases de cotización por las que venía cotizando en situación de pluriempleo o pluriactividad.
- Los trabajadores o asimilados que cesen en su prestación de servicios por cuenta ajena o en su actividad por cuenta propia y que sean contratados por el mismo u otro empresario con remuneraciones que den lugar a una base de cotización inferior al promedio de las bases de cotización correspondientes a los días cotizados en los doce meses inmediatamente anteriores a dicho cese.
- Los pensionistas de IP total para la profesión habitual que, con posterioridad a la fecha de efectos de la correspondiente pensión, hayan realizado trabajos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social y se encuentren en las situaciones previstas en los apartados anteriores.
- Los trabajadores que se encuentren percibiendo prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo y se les extinga el derecho a las mismas o pasen a percibir el subsidio por desempleo, así como los que cesen en la percepción de este último.
- Los pensionistas de IP, en cualquiera de sus grados, que sean declarados plenamente capaces o con IP parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría o error de diagnóstico.
- Los pensionistas de IP o jubilación a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se extinga la misma por cualquier otra causa.
- Los trabajadores o asimilados que causen baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social por haber solicitado una pensión del mismo y ésta les sea posteriormente denegada por resolución administrativa o judicial firme.
- Los demás trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena o asimilados, en los supuestos especiales a que se hará referencia más adelante.

No pueden suscribir convenio especial el personal incluido en el campo de aplicación de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y del Personal al Servicio de la Administración de Justicia (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> O. TAS/2.865/2003).

### C) Requisitos y formalización

Los requisitos necesarios para suscribir un convenio especial son los siguientes (art. 2 O. TAS/2.865/2003):

- Solicitar su suscripción ante la dirección provincial de la TGSS o administración de la Seguridad Social correspondiente al domicilio del solicitante en el plazo de un año, que se computará según los casos: a partir del día siguiente a la fecha de efectos de la baja en el régimen de Seguridad Social en que se estuviera encuadrado; a partir de la fecha en que se extinga la obligación de cotizar a la Seguridad Social; a partir de la fecha de celebración del nuevo contrato con el mismo o distinto empresario; a partir del día siguiente a aquel en que se haya extinguido el derecho a la prestación por desempleo o en que se haya cesado en la percepción del subsidio por desempleo; a partir de la fecha en que la correspondiente resolución administrativa o judicial sea firme.
- La solicitud deberá formularse en el modelo oficial establecido al efecto por la TGSS, que podrá presentarse en cualquiera de los registros públicos (art. 38.4 LRJPAC), así como también mediante el procedimiento electrónico que establezca el citado servicio común de la Seguridad Social.

- ✦ Tener cubierto, en la fecha de solicitud del convenio especial, un período de mil ochenta días de cotización al Sistema de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

A tales efectos se computarán las cotizaciones efectuadas a cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, incluidas las correspondientes a los días-cuotas por pagas extraordinarias; las que hubieren podido realizarse como consecuencia de otro convenio especial para la cobertura de las mismas prestaciones económicas; las relativas a los días que se consideren como período de cotización efectiva durante el primer año de excedencia o período menor, de acuerdo con la legislación aplicable, por razón del cuidado de cada hijo o de familiar hasta el segundo grado por razones de edad, accidente o enfermedad; los días cotizados durante el período de percepción de las prestaciones o subsidios por desempleo y los períodos cotizados en otro de los Estados miembros del EEE o con los que exista Convenio Internacional al respecto, salvo que la norma especial o el Convenio Internacional prevean otra cosa, siempre que no se superpongan y sean anteriores a la fecha de efectos del convenio especial cuya celebración se solicita.

Sin embargo, no computarán los días en que, siendo el trabajador solicitante el obligado al cumplimiento de la obligación de cotizar, no esté al corriente en el pago de las cuotas anteriores a la fecha de efectos del convenio.

Por lo que a la formulación del convenio especial respecta, una vez efectuada la solicitud en el modelo oficial, la TGSS en el plazo de los tres meses siguientes, contados a partir de la fecha de presentación en el registro, deberá determinar su procedencia o no (art. 4.1 O. TAS/2.865/2003). En el supuesto de que no resuelva de manera expresa, el silencio administrativo será considerado como positivo (art. 4.1, segundo párrafo, O. TAS/2.865/2003) y en el supuesto de que TGSS notifique al interesado la procedencia de su solicitud, el convenio deberá suscribirse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de su procedencia (art. 4.2 O. TAS/2.865/2003).

#### *D) Efectos del Convenio Especial*

##### *a) Conservación o reanudación de la situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social*

Las personas que suscriban el convenio especial con la Seguridad Social en cualquiera de sus modalidades se considerarán en situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen o, en su caso, en los Regímenes de la Seguridad Social en que se haya suscrito (art. 5.1 O. TAS/2.865/2003).

Los efectos de la fecha de alta o asimilada al alta estarán en función de la fecha de presentación de la solicitud (art. 5.2 O. TAS/2.865/2003):

- ✦ Si la solicitud del convenio especial se hubiere presentado dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha determinante de la causa de su suscripción, el convenio especial surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente, la cesación de la actividad, la vigencia del contrato de trabajo o situación determinante de la cotización inferior a la que se venía cotizando, la extinción o la denegación del derecho a las prestaciones respectivas. No obstante, el suscriptor podrá optar entre la referida fecha o la correspondiente a su solicitud, entendiéndose que si no opta, la fecha de efectos del convenio será la primera.
- ✦ Por el contrario, si la solicitud del convenio se hubiere presentado fuera del plazo de los noventa días naturales siguientes a la fecha determinante de la causa de su suscripción, los efectos del mismo se producirán desde el día de la presentación de la solicitud de convenio especial.

##### *b) Obligación de cotizar*

La cotización a la Seguridad Social es obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo (art. 6.1 O. TAS/2.865/2003).

La base de cotización por convenio especial tendrá carácter mensual y podrá ser elegida por el interesado entre las siguientes bases (art. 6.2 O. TAS/2.865/2003):

- La base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado siempre que haya cotizado por ella al menos durante veinticuatro meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años. Esta base máxima de cotización podrá incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo o al cese en la actividad en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o la del régimen en el que hubiera estado encuadrado.
- La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los doce meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima. Esta base de cotización también podrá incrementarse en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o a la del régimen en que estuviera encuadrado.
- La base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Cuando la base mínima de cotización en el RETA sea modificada, la base de cotización correspondiente al convenio será incrementada, como mínimo, en el mismo porcentaje que haya experimentado aquella base mínima o, en su caso, en el porcentaje superior que tenga derecho a elegir el interesado, hasta que la cuantía de la base resultante sea como máximo la base máxima de cotización.

El tipo de cotización por convenio especial será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 7.1 O. TAS/2.865/2003).

La cuota a ingresar será el resultado de aplicar a la base de cotización elegida el tipo de cotización, obteniendo de esta manera la cuota íntegra, la cual se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores aplicables en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial. Los coeficientes reductores serán fijados cada año por el MEYSS (art. 7.2 O. TAS/2.865/2003).

El sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar será el comprometido en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos que el convenio establezca o aquel a quien se imponga expresamente dicha obligación. No obstante, podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial o, en su caso, de los empresarios obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización expresa de dichos trabajadores, empresarios o asimilados y con el consentimiento expreso de la TGSS (art. 8.1 O. TAS/2.865/2003).

La cuota se ingresará dentro del mes natural siguiente al que la misma está referida, excepto cuando el último Régimen inmediatamente anterior a la inscripción del convenio sea el RETA, en que la cuota se ingresará dentro del mismo mes a que la misma se refiera.

### *E) Acción protectora*

En las situaciones de alta o asimiladas a la de alta por convenio especial, al producirse el respectivo hecho causante se otorgarán las prestaciones derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, quedando asimismo excluidas la protección por desempleo, FGS y formación profesional (art. 9.1 O. TAS/2.865/2003).

Estas prestaciones se reconocerán con arreglo a las normas que las regulan en el Régimen o Regímenes de la Seguridad Social en los que figure incluido el suscriptor del convenio especial (art. 9.2 O. TAS/2.865/2003).

### F) *Suspensión y extensión del Convenio Especial*

El convenio especial se suspenderá y por lo tanto no habrá obligación de cotizar por parte del beneficiario ni del pago de las prestaciones por parte de la TGSS cuando el trabajador o asimilado realice una actividad económica, ya sea continua o discontinua, que determine su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a éste sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial. El suscriptor del convenio está obligado a comunicar a la TGSS la realización de la actividad económica, dentro de los diez días siguientes al inicio de la misma, aunque con efectos del día anterior al comienzo de la actividad (art. 10.1 O. TAS/2.865/2003).

El convenio especial se extinguirá por las causas siguientes (art. 10.2 O. TAS/2.865/2003):

- Por realizar el suscriptor del convenio una actividad económica, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad.
- Por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de IP en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social.
- Por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada. En estos casos el interesado no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud.
- Por fallecimiento del interesado.
- Por decisión del interesado, comunicada por escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la TGSS o Administración correspondiente de la misma. En este caso, la extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

Ahora bien, no se extinguirá el convenio especial por el desplazamiento del suscriptor del mismo al extranjero, aunque este desplazamiento supere el plazo de noventa días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio (art. 10.2, *in fine*, O. TAS/2.865/2003).

### G) *Modalidades de Convenio Especial*

Atendiendo a las peculiaridades de ciertos colectivos existen distintas modalidades de convenio especial que se caracterizan por tener una regulación propia dentro del marco general. A continuación se van a enumerar las referidas modalidades de convenio especial:

- Convenios especiales con determinados órganos u organismos en favor de sus miembros, como es el caso de los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y los Diputados del Parlamento Europeo (art. 11 O. TAS/2.865/2003) y los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las CCAA (art. 12 O. TAS/2.865/2003).
- Convenios especiales para los incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social española que presten servicios en la Administración de la UE (art. 13 O. TAS/2.865/2003) y para los españoles que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales (art. 14 O. TAS/2.865/2003).



- ✦ Convenios especiales para emigrantes e hijos de éstos que trabajen en el extranjero (art. 15 O. TAS/2.865/2003) y para la cobertura de la asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos (art. 16 O. TAS/2.865/2003) y para la cobertura de asistencia sanitaria respecto de trabajadores españoles que realicen una actividad por cuenta propia en el extranjero (art. 17 O. TAS/2.865/2003).
- ✦ Convenios especiales respecto de determinados trabajadores:
  - Durante la situación de alta especial como consecuencia de huelga legal o cierre patronal (art. 18 O. TAS/2.865/2003).
  - Durante las situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes públicos, permisos y licencias (art. 19 O. TAS/2.865/2003).
  - Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años (art. 51.9 TRLET y art. 20 O. TAS/2.865/2003). En este caso las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación de desempleo de nivel contributivo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación (13ª TRLGSS).
  - Convenio especial en determinados supuestos de reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario (art. 21 O. TAS/2.865/2003).
  - Convenio especial de trabajadores contratados a tiempo parcial (art. 22 O. TAS/2.865/2003).
  - Convenio especial para trabajadores que cesen en las prestaciones de servicios o actividades (art. 23 O. TAS/2.865/2003).
  - Convenio especial de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación (art. 24 O. TAS/2.865/2003).
- ✦ Convenios especiales de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la minería del carbón (art. 25 O. TAS/2.865/2003), para los trabajadores de temporada en períodos de inactividad y para los comprendidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social (art. 26 O. TAS/2.865/2003) y convenio especial para deportistas de alto nivel (art. 27 O. TAS/2.865/2003).
- ✦ Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia (art. 28 O. TAS/2.865/2003) y [Capítulo 7, V, J]).
- ✦ Convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral (RD 156/2013, de 1 de marzo).

### III. RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde el año 1990 con la promulgación de la LPNC es preciso distinguir en la Seguridad Social española dos tipos de relaciones jurídicas: una contributiva y otra asistencial.

#### I. RELACIÓN JURÍDICA CONTRIBUTIVA

Esta relación jurídica, como todas las relaciones de esta índole, se caracteriza por tener unos sujetos, un objeto, un contenido y regirse por unos principios jurídicos.

La relación tiene como sujetos principales al Estado y al sujeto protegido, y a través de la misma el Estado presta un servicio público a los ciudadanos que reúnan determinados requisitos. Esta relación jurídica debe ser considerada como una relación principal, de la que derivan toda una serie de relaciones



de carácter instrumental, como son las de encuadramiento, cotización y protección que se materializan a través de los entes públicos de que se sirve el Estado para gestionar la Seguridad Social.

El objeto de esta relación jurídica es la cobertura de estados de necesidad, tanto individuales como colectivos, a que tienen derecho los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, con la extensión, límites y condiciones que determinen las normas reguladoras según las disponibilidades financieras de cada momento.

El contenido de la relación jurídica principal lo constituyen una serie de relaciones instrumentales que tienen como finalidad controlar los sujetos protegidos y los gastos e ingresos del Sistema para poder hacer frente a las prestaciones derivadas del mismo, razón última del Sistema.

Por último, esta relación jurídica principal se inspira en el principio de solidaridad, de carácter eminentemente profesional.

De esta relación jurídica principal, como se ha dicho, derivan toda una serie de relaciones jurídicas de carácter instrumental, dirigidas todas a la consecución del mismo fin e inspiradas por idéntico principio.

### *A) Relación de encuadramiento*

La relación jurídica de encuadramiento tiene como finalidad el que el Estado, a través de la TGSS, pueda llevar a cabo el control de los sujetos protegidos por el Sistema de Seguridad Social de nivel contributivo. Desde sectores neoliberales se critica que se haga recaer sobre las empresas las obligaciones de encuadramiento cuando los sujetos principales de la relación jurídica contributiva son el Estado y el sujeto protegido. No obstante, debemos considerar que la relación jurídica contributiva por imperativo legal implica a los empresarios por su necesaria colaboración para la identificación de los sujetos protegidos y su posible inclusión en uno u otro de los distintos regímenes de Seguridad Social. Sin embargo, es cierto que muchos de estos actos instrumentales han quedado totalmente obsoletos y que su supervivencia lo único que aportan es agravar la burocracia administrativa, aliviada eso sí por la implantación del sistema de remisión electrónica de datos (sistema RED).

Dentro de la relación jurídica de encuadramiento se pueden distinguir, a su vez, una serie de relaciones jurídicas instrumentales, como son las relaciones de inscripción, afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, las cuales tienen un carácter meramente declarativo, lo que quiere decir que no se hace depender de su cumplimiento el inicio de la relación jurídica de Seguridad Social. A efectos prácticos significa que el trabajador no queda excluido del Sistema de protección de Seguridad Social aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

#### *a) Inscripción de las empresas*

La inscripción de empresas es un acto administrativo por el cual la TGSS inscribe a las empresas en el correspondiente Régimen del Sistema de Seguridad Social, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, al objeto de que puedan emplear trabajadores y cursar la afiliación y el alta de los mismos (art. 5.1 RIAAB).

El sujeto obligado para solicitar la inscripción será el empresario, considerándose como tal, a estos efectos, la persona física o jurídica, pública o privada, para la que presten sus servicios, en su condición de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social (art. 10 RIAAB). En el supuesto de que el empresario no solicitara la inscripción, o se retrasa en el cumplimiento de la misma, la TGSS procederá a realizarla de oficio cuando tuviera conocimiento del incumplimiento de tal obligación, bien por la actuación de la ITSS, o bien a través de los datos obrantes en su poder o de las Entidades Gestoras

(art. 20.1 RIAAB), sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad administrativa por la comisión de una infracción calificada como grave (art. 22.1 LISOS).

La solicitud de inscripción deberá realizarla el empresario en el modelo oficial y deberá acompañarla de la documentación que permita su completa identificación (art. 11 RIAAB), debiendo hacer constar, además, la Entidad Gestora o colaboradora por la que haya optado para el aseguramiento de las contingencias profesionales de sus trabajadores, así como la opción de cobertura de las prestaciones económicas por IT derivadas de contingencias comunes (art. 5.2 RIAAB).

La inscripción se tramita ante la TGSS, bien ante la Dirección Provincial o ante la Administración correspondiente al domicilio de la empresa (art. 12.1 RIAAB), practicándose la misma en el propio acto de presentación de la solicitud (art. 13 RIAAB). La TGSS mediante acto administrativo procede a su inscripción otorgándole a la empresa un número de inscripción que la individualiza en su respectivo régimen del Sistema de Seguridad Social. Este número de inscripción servirá como código principal de cuenta de cotización y se vinculará al domicilio de la empresa (art. 13.3 RIAAB). Al empresario se le entregará el justificante de la inscripción (art. 13.4 RIAAB) y la TGSS lo inscribirá en el Registro de empresas (arts. 13.5 y 16 RIAAB).

La inscripción será única y válida en los regímenes de Seguridad Social que se determine, en todo el territorio nacional y para toda la vida de la persona física o jurídica titular de la empresa (art. 15 RIAAB). No obstante, cuando la TGSS tuviese conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos para estar inscritas en el correspondiente régimen de Seguridad Social procederá de oficio a dejar sin efecto la inscripción realizada, sin perjuicio de las actuaciones procedentes en orden al inicio de las actuaciones sancionadoras o penales si fueran procedentes (art. 20.4 RIAAB introducido por la Disp. Final 3.<sup>a</sup> LLEIFSS). Por lo que respecta a las variaciones de datos facilitados al solicitar la inscripción, el empresario deberá comunicar dichas variaciones en el plazo de seis días naturales contados a partir de la fecha en que se produzcan, salvo cuando se trate de cambio en la entidad que cubra las contingencias de AT, EP y en su caso, la prestación económica de IT que se deberán comunicar con una antelación de diez días naturales a su efectividad (art. 17 RIAAB). Asimismo el empresario deberá comunicar la extinción definitiva de la empresa y el cese de la actividad (art. 18 RIAAB), teniendo en cuenta que la sucesión en la titularidad de la empresa se considerará extinción a estos efectos, debiendo proceder el nuevo titular a una nueva inscripción de la empresa, dentro del plazo de los seis días naturales (art. 19 RIAAB).

#### b) Relación instrumental de afiliación

La afiliación es el acto administrativo de la TGSS mediante el cual se incluye dentro del Sistema de Seguridad Social a un determinado sujeto la primera vez que realiza una actividad determinante de su inclusión (art. 6.1 RIAAB), constituyendo título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones y condicionando la aplicación de las normas que regulan dicho sistema (art. 6.2 RIAAB).

La afiliación al Sistema de la Seguridad Social se caracteriza por las siguientes notas (art. 6.1 RIAAB):

- Es obligatoria para todas las personas comprendidas en el campo de aplicación del mismo.
- Es única y general para todos los Regímenes que componen el sistema aunque las personas incluidas, por razón de su actividad, cambien de uno a otro Régimen del mismo.
- Se extiende a toda la vida de las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema.
- Es exclusiva, de tal forma que por la misma actividad ejercida en igualdad de condiciones no pueda estarse obligatoriamente incluido en otro u otros Regímenes obligatorios de previsión.

La relación instrumental de afiliación se puede considerar que ha quedado obsoleta y se podría haber evitado mediante el establecimiento de un documento de identificación, análogo a la cartilla sanitaria o al DNI, evitando de esta manera la burocracia administrativa a la hora de contratar a trabajadores por primera vez, aunque curiosamente es el dato estadístico más utilizado, juntamente con el número de

desempleados, para determinar la evolución del empleo en nuestro país. A parte de la mediática la única importancia que tiene la relación de afiliación es que identifica a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las relaciones básicas de cotización y de protección, pero más allá de ello su eficacia es prácticamente irrelevante.

Los sujetos que intervienen en esta relación instrumental son:

- Los empresarios que están obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de quienes, no estando afiliados, ingresen a su servicio (art. 24.1 RIAAB). Esta solicitud de afiliación se formulará en el modelo oficial o por cualquier otro sistema establecido (art. 24.2 RIAAB).
- Los trabajadores por cuenta propia o asimilados comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social que inicien su actividad como tales y no se encuentren ya afiliados (art. 25.1 RIAAB).
- Los trabajadores por cuenta ajena o asimilados, cuyo empresario no cumpla las obligaciones de solicitud de la afiliación, podrán solicitar directamente su afiliación y alta inicial a la Dirección provincial de la TGSS o Administración de la misma, en cualquier momento posterior a la constatación del incumplimiento de sus obligaciones al respecto por el empresario (art. 25.2 RIAAB).
- La TGSS que podrá efectuar la afiliación de oficio cuando como consecuencia de la actuación de la ITSS, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que incumbe tal obligación (art. 26.1 RIAAB).

Las solicitudes de afiliación deberán formularse por los sujetos obligados ante la TGSS de la provincia donde tenga el domicilio la empresa en que preste servicios el trabajador por cuenta ajena o el trabajador autónomo, con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios en los mismos términos, medios y supuestos que para las altas iniciales que se verán más adelante (art. 27.2 RIAAB).

La aceptación de la solicitud de afiliación por parte de la TGSS (art. 33 RIAAB) implica el reconocimiento del sujeto protegido a la afiliación, alta o baja en la Seguridad Social, que se produce mediante el correspondiente acto administrativo, que vincula al empresario y a la TGSS y a ésta con el trabajador.

El reconocimiento de la condición de afiliado dará derecho a la obtención del documento de afiliación a la Seguridad Social (art. 22 RIAAB), y a la asignación de un número a cada trabajador (art. 21.1 RIAAB), sin perjuicio de su registro en el fichero de afiliación.

Por último, señalar que las variaciones de los datos facilitados al practicarse la afiliación serán comunicados por el empresario y, en su caso, por el trabajador interesado a la TGSS, dentro de los seis días naturales siguientes a aquel en que la variación se produzca y mediante los modelos oficiales o por el sistema establecido al efecto (art. 28.1 RIAAB) y con la firma del trabajador (art. 28.2 RIAAB).

### c) Relación instrumental de alta

El alta en la Seguridad Social se puede definir como el acto administrativo mediante el cual la TGSS reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes (art. 7.1 RIAAB).

El alta en la Seguridad Social tiene por objeto el conocimiento y control por parte de la TGSS de las variaciones relevantes, ingresos y ceses, que afectan al sujeto afiliado en el transcurso de su vida laboral. Sin embargo, estos actos de encuadramiento, ciertamente, complican los mecanismos de la acción protectora

haciendo depender de un tercero el aseguramiento, lo que podría evitarse con una extensión progresiva del principio de automaticidad de las prestaciones.

Existen tres tipos de alta: la real, la asimilada y la presunta o de pleno derecho.

#### a') Alta real

El alta real es aquella que se produce con el hecho material de la prestación de servicios del trabajador y que se mantiene mientras éste continúe prestando sus servicios.

Los sujetos obligados son los mismos que para la afiliación de los trabajadores, ya vistos en el apartado anterior.

La solicitud de alta contendrá los datos relativos al ejercicio de su actividad que faciliten una información completa a las entidades gestoras y a la TGSS (art. 30.2 RIAAB) y deberán ir firmadas por el empresario y por el trabajador (art. 30.4 RIAAB).

Las solicitudes deben presentarse por la empresa antes del comienzo de la prestación del servicio del trabajador, sin que dicha antelación pueda ser superior a sesenta días naturales (art. 32.3 RIAAB).

El alta sólo surtirá efectos a partir del día en que se inicie la actividad (art. 35.1.1 RIAAB).

El alta solicitada por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate (art. 35.1 RIAAB).

El alta practicada de oficio por la TGSS retrotraerá sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por la misma (art. 35.1.2 RIAAB).

El alta practicada de oficio por la TGSS como consecuencia de la actuación de la ITSS, retrotraerá sus efectos a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo en el caso de que ésta hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se haya producido la orden superior o la instancia de la entidad gestora o en que hayan tenido entrada las referidas instancias, denuncia, queja o petición (art. 35.1.2 RIAAB).

#### b') Alta asimilada

El alta asimilada es aquella situación creada y configurada por el legislador para supuestos de suspensión o de extinción del contrato de trabajo que implicarían la baja en la Seguridad Social y sin embargo, permiten mantenerla para evitar la desprotección del trabajador. Se consideran situaciones asimiladas al alta las siguientes (arts. 166 TRLGSS y 36 RIAAB):

- + La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantengan la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.
- + La excedencia forzosa.
- + La situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable.
- + El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- + La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.
- + Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
- + Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.

- La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una IP debida a dicha contingencia.
- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- A los solos efectos de conservación del derecho a la asistencia sanitaria, la situación de baja de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, habiendo permanecido o no en situación de alta en dicho Régimen durante un período mínimo de noventa días dentro de los trescientos sesenta y cinco días naturales inmediatamente anteriores al de la baja.
- Igualmente, a los solos efectos de asistencia sanitaria, la situación de los trabajadores despedidos, incluidos en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción social demanda por despido improcedente o nulo.
- A los efectos de la protección por desempleo, las situaciones de excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical; el traslado o desplazamiento temporal por la empresa fuera del territorio nacional; el retorno de los trabajadores inmigrantes; la situación de invalidez provisional; la liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional y los trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente (art. 2 RD 625/1985, de 2 de abril).
- En el Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, el período de los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho Régimen.

#### c') Alta presunta

El alta presunta o de pleno derecho es aquella situación que se produce cuando el empresario ha incumplido con sus obligaciones instrumentales de encuadramiento y el trabajador se encuentra prestando servicios laborales. En este caso se mantiene la protección del trabajador en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, considerándose de pleno derecho en alta a efectos de AT, EP, desempleo y asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 166.3 TRLGSS ).

#### d) Relación instrumental de baja

La baja en la Seguridad Social se puede definir como el acto administrativo de la TGSS mediante el que se declara excluido al trabajador del campo de aplicación de Régimen de Seguridad Social en el que estaba encuadrado como consecuencia del cese de su actividad laboral, extinguiéndose asimismo la obligación de cotizar.

La baja puede tramitarse a instancia del empresario, principal sujeto obligado, o trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena en caso de incumplimiento por parte del empresario y de oficio por parte de la TGSS, cuando se compruebe a través de la ITSS o por otros medios la inobservancia de las obligaciones empresariales, siempre que el trabajador haya dejado de prestar realmente sus servicios.

En las comunicaciones de baja de los trabajadores, además de los datos de identificación del trabajador, incluido el número de la Seguridad Social, figurará la fecha de la baja, su causa y los datos relativos a las peculiaridades en materia de cotización y acción protectora y, tratándose de trabajador por cuenta ajena, deberán constar los datos de identificación del empresario, incluido el código de cuenta de cotización al que figure adscrito el trabajador cuya baja se solicita y, en su caso, la fecha de finalización de las vacaciones



anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral (art. 30.3 RIAAB).

Las solicitudes de baja y de variaciones de datos de los trabajadores deberán presentarse dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo o de aquel en que la variación se produzca (art. 32.3.2 RIAAB), incurriéndose en infracción leve (art. 21.3 LISOS) si dicha solicitud no se comunica en tiempo y forma. También cabe la posibilidad de que las bajas se instrumenten por medios técnicos, cualquiera que sea su soporte, gozando de la validez y eficacia de las solicitudes presentadas mediante documentos, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (art. 30.4 RIAAB).

La baja surtirá efectos desde la fecha del cese en el trabajo. No obstante, en los casos en que no se solicite la baja, o ésta se formule fuera de plazo o sin la forma establecida, no se extinguirá la obligación de cotizar, sino hasta el día en que la TGSS conozca el cese o hasta el día en que se produzca la actuación inspectora o se reciban los documentos. Por el contrario, si el empresario tramitase la baja del trabajador y éste continuase prestando servicios laborales, la comunicación de baja no surtirá efectos liberatorios ni producirá efectos perjudiciales para las prestaciones del trabajador (art. 14 RGCL).

### *B) La relación de cotización*

La relación de cotización se puede definir como una obligación jurídica relacional que vincula a ciertos individuos y entidades con la TGSS con el fin de contribuir al sostenimiento financiero de los regímenes de Seguridad Social, de acuerdo a los criterios establecidos legalmente.

El RGCL no define el término cotización, pero al determinar su objeto precisa que la cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente determinado, llamado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar y además, especifica, que la cuota es la cantidad resultante de aplicar un porcentaje, llamado tipo de cotización, sobre la base de cotización, constituida por los salarios percibidos por el trabajador, de acuerdo con las normas aplicables y deducir en su caso el importe de las bonificaciones y/o deducciones que resulten aplicables (art. 6 RGCL).

Existen tres sistemas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social: El sistema de autoliquidación por el sujeto responsable del ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta; el sistema de liquidación directa por la TGSS, por cada trabajador, en función de los datos de que disponga sobre los sujetos obligados a cotizar y el sistema de liquidación simplificada, que se aplicará para la determinación de las cuotas de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA o en el REM, de las cuotas de los Sistemas Especiales del Régimen General de Empleados del Hogar y para trabajadores por cuenta ajena agrarios durante la situación de inactividad, así como de las cuotas fijas del Seguro Escolar, de convenios especiales (art. 22 TRLGSS).

Las cuotas han venido representando, aproximadamente, las dos terceras partes de los recursos financieros de la Seguridad Social y su porcentaje sobre el coste salarial (más de un 30 por 100) no deja de ser un constante motivo de queja de las organizaciones empresariales ante las dificultades de competitividad con las empresas del entorno europeo. Sin embargo, en situaciones de crisis económica y con altas tasas de desempleo se están mostrando insuficientes para garantizar la autosuficiencia del nivel contributivo y se hace necesario recurrir a las aportaciones del Estado para sufragar determinadas contingencias.

El sujeto activo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social es la TGSS, la cual llevará a cabo la gestión liquidatoria y recaudatoria de las cuotas y demás recursos de la Seguridad Social, así como de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva (art. 21.1 TRLGSS y art. 7.1 RGCL) y los sujetos obligados a cotizar son las personas físicas o jurídicas, en los términos y condiciones que se determinen para cada uno de los diferentes Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social (art. 7.2 RGCL).



Las bases de cotización en los diversos Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, ya tengan una cuantía previamente fijada o se determinen en función de remuneraciones percibidas o estimadas, por cantidades de productos manipulados, obtenidos o fabricados o en razón de otras circunstancias, serán las cantidades que resulten de aplicar las reglas que, para los distintos Regímenes del sistema se establecen en la LPGE para cada ejercicio económico (art. 8.1 RGCL). Estas bases de cotización no podrán ser superiores al límite máximo absoluto establecido en la LPGE de cada ejercicio económico (art. 9.1 RGCL) ni a los límites mínimos establecidos en función de la cuantía íntegra de los SMI vigentes en cada momento, incrementados en un sexto (art. 9.2 RGCL).

Los tipos de cotización en cada uno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social serán únicos y no se fraccionarán a efectos de la financiación de las contingencias, excepción hecha de las de AT y EP (art. 10.1 RGCL). Por otra parte, estos tipos de cotización a los distintos Regímenes de la Seguridad Social serán los establecidos por la LPGE para cada ejercicio económico (art. 10.3 RGCL) y los tipos de cotización por AT y EP serán los que correspondan a las actividades económicas de empresas y trabajadores y a las ocupaciones o situaciones de estos últimos, conforme a la tarifa de primas vigente (art. 11.1 RGCL).

La obligación de cotizar a los diferentes Regímenes del Sistema de la Seguridad Social nacerá con el comienzo de la actividad profesional de las personas incluidas en el campo de aplicación de dichos Regímenes (art. 12.1 RGCL) y esta obligación se mantendrá durante todo el período en que el trabajador o asimilado, preste los servicios determinantes de su inclusión en los mismos, o se encuentre en situación jurídica conexas con dicha actividad o servicios (art. 13.1 RGCL). La obligación de cotizar continuará en las situaciones de IT, cualquiera que sea su causa, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como en las situaciones de cumplimiento de deberes de carácter público, desempeño de cargos de representación sindical, siempre que unos y otros no den lugar a la excedencia en el trabajo o al cese en la actividad, convenio especial, desempleo contributivo y asistencial (art. 13.2 RGCL).

Por último, la obligación de cotizar se extingue con el cese en el trabajo, siempre que se comunique la baja en el tiempo y forma establecidos (art. 14.1 RGCL).

### C) Relación de protección

La acción protectora de Seguridad Social se puede definir como aquella relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (entidad gestora o colaboradora) satisface las prestaciones determinadas legalmente a otro sujeto (beneficiario) a fin de paliar la situación de necesidad de éste.

#### a) Conceptos básicos de la acción protectora

De la definición expuesta se desprenden los tres conceptos básicos de la acción protectora: las contingencias, los estados de necesidad y las prestaciones.

- ✦ Las contingencias son aquellos hechos previsibles, pero inciertos, que se producen o pueden producirse con independencia de la voluntad del sujeto protegido y que le generan un estado o situación de necesidad en caso de producirse.
- ✦ El estado de necesidad se produce cuando se materializa la contingencia y le sobreviene un daño al sujeto protegido, como consecuencia de un exceso de gastos o pérdidas de ingresos. En nuestro Sistema de Seguridad Social prima la noción de estado de necesidad frente a la noción de riesgo protegido (SSTC 103/83 y 239/2002). La situación de estado de necesidad se presume *iuris et de iure* en el nivel contributivo.
- ✦ Las prestaciones son el mecanismo protector a través del cual la Seguridad Social hace frente al daño causado al sujeto protegido y que se materializa en una situación o estado de necesidad.

Estas prestaciones no cubren en su totalidad el daño causado debido a que la base de cálculo de cada una de ellas tiene unos límites determinados normativamente.

#### b) Clases de contingencias

Nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social clasifica las contingencias en dos grupos:

- Contingencias profesionales (AT y EP).
- Contingencias comunes (el resto).

Los dos tipos de contingencias tienen un tratamiento diferenciado. En el caso de las contingencias profesionales la acción protectora es de mayor amplitud que la prevista para contingencias comunes, al tiempo que se reducen los requisitos formales respecto a ésta, de tal manera que el trabajador accidentado se considera en situación de alta de pleno derecho aunque el empresario no haya cumplido con los requisitos de afiliación alta y cotización. No obstante, también es preciso resaltar que el aseguramiento de las contingencias profesionales resulta más gravoso para el empresario ya que sufragará la cotización de las mismas a su exclusivo cargo. En cualquier caso, no parece justificable la diferencia de trato entre unas contingencias y otras, dado que los estados de necesidad pueden ser idénticos para ambas.

Las situaciones o estados de necesidad derivadas de las contingencias profesionales son: incapacidad temporal; incapacidad permanente; muerte y supervivencia; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Las situaciones o estados de necesidad derivados de las contingencias comunes son: incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, y las cargas familiares.

#### c) Requisitos para el percibo de las prestaciones

##### a') Requisitos genéricos

Los requisitos genéricos para el percibo de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social son los siguientes:

- Solicitud del beneficiario dirigida a las entidades gestoras o colaboradoras instando a que se le reconozca el derecho a las mismas, siendo el plazo de prescripción de cinco años, excepto en prestaciones como la jubilación cuyo derecho es imprescriptible.
- Reconocimiento por parte de la entidad gestora o colaboradora al percibo de la prestación.

##### b') Requisitos específicos

Por su parte, los requisitos específicos para el percibo de las prestaciones contributivas son:

- Estar afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social o en situación asimilada al alta (requisito exigible, también, en los RREE de la Seguridad Social).
- Tener cubiertos los períodos de cotización establecidos legalmente para cada contingencia.

## 2. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL

Se trata de una relación jurídica menos compleja que la relación jurídica contributiva, dado que no le son precisos los controles administrativos propios de las relaciones instrumentales de encuadramiento y cotización, al regirse por el principio de universalidad subjetiva.

No obstante, este principio de universalidad subjetiva tiene ciertas limitaciones en nuestro ordenamiento jurídico, al exigirse dos requisitos para el percibo de las prestaciones no contributivas: residir

legalmente en España y carecer de ingresos, lo que determina que no sean prestaciones asistenciales en sentido estricto, ya que dificultan su acceso a los colectivos más propensos a la exclusión social.

Por lo que se refiere al requisito de residencia legal en España, el beneficiario debe tener su domicilio en territorio español, de acuerdo a las reglas del CC, por lo tanto, las prestaciones no contributivas no son exportables a otros países de la UE (art. 10 bis Reglamento 1247/1992).

Y por lo que respecta al requisito de carencia de ingresos se considera que existe tal, cuando la suma anual de los ingresos obtenidos por el beneficiario, ya sean derivados del trabajo, capital o de naturaleza prestacional, sea inferior al importe de la cuantía de la pensión no contributiva —de invalidez o jubilación—, también en cómputo anual, fijada en la LPGE (art. 363 TRLGSS). En el caso que el beneficiario conviva con otras personas en una misma unidad económica, la suma de los ingresos de todos los integrantes de la misma ha de ser inferior al límite de acumulación de recursos permitido. Este límite es el equivalente a la cuantía, también en cómputo anual, de la pensión más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno. Esta cuantía se incrementa dos veces y media a efectos del límite de acumulación, cuando el solicitante conviva con ascendientes o descendientes en primer grado (art. 363.2 y 3 TRLGSS).

Las prestaciones de nivel no contributivo reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico (Capítulo 15) son las siguientes:

- — Pensión no contributiva de invalidez (art. 363 TRLGSS).
- — Pensión no contributiva de jubilación (art. 369 TRLGSS).
- — Prestaciones familiares no contributivas (art. 351 TRLGSS).
- — Prestación de desempleo de nivel asistencial (art. 265 y 274 TRLGSS).
- — Ayuda económica de acompañamiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten la prestación de desempleo (RDL 1/2011, de 11 de febrero; RDL 10/2011, de 26 de agosto; RDL 20/2011, 30 de diciembre, y RDL 23/2012, de 24 de agosto).

La gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación corresponde a los órganos competentes de las CCAA a las que se hubieren transferido las funciones y servicios del IMSERSO [art. 66.1.c) y 373 TRLGSS y art. 21.1 y Disp. Adic. 7.<sup>a</sup> del RD 357/1991], mientras que el reconocimiento del derecho a las prestaciones familiares no contributivas corresponderá al INSS (RD 1.335/2005), aunque su pago lo realice la TGSS y la protección de desempleo de nivel asistencial y la ayuda de acompañamiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten la prestación de desempleo, la gestionará el SEPE.

Estas prestaciones cumplen la función de ser suplementarias de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, reforzando su cobertura y atendiendo estados de necesidad que el sistema profesional no atiende. En la actualidad estas prestaciones son de capital importancia ya que permiten evitar la exclusión social de importantes sectores de la sociedad, sobre los que recae la grave crisis económica que padecemos desde 2008.

Parece de sentido común que una sociedad avanzada del siglo XXI, como es la nuestra, no pueda permitir que en su seno existan grupos sociales en situación de marginación sin tener atendidas las necesidades vitales básicas, por lo que es preciso un esfuerzo presupuestario en pos del objetivo de una vida digna para todos los ciudadanos en detrimento de otras partidas sin tanto calado social. Así lo ha entendido la LAAMSS (Disp. Adic. 12.<sup>a</sup>) cuando confiere un mandato al Gobierno para que busque fórmulas que hagan compatibles los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de la plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, con especial interés en el cumplimiento de los compromisos de financiación mediante impuestos de los complementos a mínimos de pensiones. También la LAAMSS (Disp. Adic. 13.<sup>a</sup>) faculta al Gobierno para reforzar, desde la vertiente no contributiva, las pensiones de los mayores que viven en unidades económicas unipersonales, sin hacer distinciones por razón de la contingencia protegida. Y, por último, la LAAMSS (Disp. Adic. 21.<sup>a</sup>) hace un doble encargo al Gobierno: el primero, para que en un plazo de seis

meses, a partir de 1 de enero de 2013, realice un estudio que permita delimitar los umbrales de pobreza, conforme a los criterios de la UE, al objeto de reorientar las políticas públicas dirigidas a su erradicación, y el segundo, para que en el plazo de un año, a partir de 1 de enero de 2013, apruebe un Proyecto de Ley de reordenación integral de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, con el objetivo de mejorar su cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detecten en el sistema.

Como se acaba de exponer, esta relación jurídica asistencial tiene como principio inspirador el de la solidaridad genérica de toda la sociedad, ya que las prestaciones derivadas de la misma se financian a través del PGE.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- BLASCO LAHOZ, J. F.: *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas*, Valencia, 1992.
- *Las pensiones no contributivas*, Valencia, 2001.
- BLASCO LAHOZ, J. F., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «La reforma en la estructura del Sistema de Seguridad Social», en *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 2008.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia», *AL*, n.º 12/2008.
- CRUZ ROCHE, I.: «La Seguridad Social: un análisis presente y futuro. Especial consideración de los niveles contributivo/asistencial», *RTL*, mayo 1988.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», *RL*, tomo 1, 1991.
- FARGAS FERNÁNDEZ, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Pamplona, 2002.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La modalidad asistencial básica de la Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas», *RMTAS*, n.º 34/2002.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Actualización del sistema de Seguridad Social (I): antecedentes inmediatos», *AS*, n.º 6/2011.
- «Actualización del Sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011», *AS*, n.º 7/2011.
- MORGADO PANADERO, P.: «Una nueva aproximación entre la Seguridad Social y la asistencia social: la STC 239/2002», *RL*, n.º 2/2005.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «Los niveles de Seguridad Social en la Constitución española entre interpretación jurisprudencial y desarrollo legislativo», *TRS*, n.º 35/1993.
- QUINTERO LIMA, G.: «Configuración inicial del Sistema español de Seguridad Social: problemas de intertemporalidad y soluciones de Derecho transitorio», en *Derecho Transitorio de la Seguridad Social*, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social y asistencia social en el estado de las autonomías», *RL*, n.º 8/200.
- «Pensiones no contributivas y Seguridad Social», *RL*, n.º 12/1988.
- «Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas», *RL*, n.º 13/1988.
- «Pensiones no contributivas de Seguridad Social y asistencia social», *RL*, 1988.
- SALVADOR CIFRÉ, C.: «Modelos teóricos de Seguridad Social: regímenes de prestaciones y técnicas de financiación», *RL*, n.º 4/2000.
- SANZ MERINO, A. R.: «Estructura del Sistema de la Seguridad Social. Ámbito subjetivo de la Seguridad social: campo de aplicación del Sistema. Estructura del Sistema. Regímenes de Seguridad social. Actos de encuadramiento y constitución de la relación jurídica de Seguridad Social», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social», *RAD*, n.º 6/2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estructura del Sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos», *RL*, tomo 2, 1995.



## II. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- ARUFE VARELA, A.: *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Granada, 2003.
- CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *AL*, n.º 3/2008.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social», *AL*, n.º 4/2007.
- CUBAS MORALES, A.: «Campo de aplicación y estructura del Sistema en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los regímenes especiales», *TRS*, 56/1995.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La modificación del convenio especial suscrito en determinados expedientes de regulación de empleo, como medida de mantenimiento del empleo», *AS*, n.º 5/2009.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: «Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del sistema español de Seguridad Social. La asimilación a trabajador por cuenta ajena», en *VVAA: VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales*, 1991.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*, Valencia, 2004.
- MADRID YAGÜE, P.: «Análisis de la nueva regulación del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social Orden TAS/2.865/2003, de 13 de octubre (RCL 2003, 2490)», *AS*, n.º 1/2004.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», *AS*, n.º 20/2010.
- MORÓN PRIETO, R., y PUEBLA PINILLA, A. M.: «La protección social de los trabajadores extracomunitarios en el ordenamiento español: modificaciones legales y tratamiento jurisprudencial más reciente», *RL*, n.º 15/2009.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: «Suscripción del convenio especial por un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos procedente de una situación de invalidez permanente total no definitiva», *AS*, vol. I, paraf. 18, BIB 1999\817.
- PÉREZ ALONSO, M. A., y MAGALLÓN, M.: *El convenio especial de la Seguridad Social*, Valencia, 1996.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (A propósito de la Orden TAS/2865/de 13 de octubre)», *RL*, n.º 22/2003.
- «El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)», *RMTAS*, n.º 49/2004.
- POQUET CATALÀ, R.: «Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo», *AL*, n.º 1/2011.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Ámbito subjetivo del Sistema español de Seguridad Social*, Pamplona, 2006.
- *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Valencia, 2008.
- «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *AL*, n.º 5/2009.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación del Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad», *REDT*, n.º 58/1992.
- SANZ MERINO, A. R.: «Estructura del Sistema de la Seguridad Social. Ámbito subjetivo de la Seguridad social: campo de aplicación del Sistema. Estructura del Sistema. Regímenes de Seguridad social. Actos de encuadramiento y constitución de la relación jurídica de Seguridad Social», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El Convenio especial en EREs extintivos (Nota sobre el alcance de la Ley 27/2011)», *RAD*, n.º 10/2012.
- SOLSONA VILLALBA, M. A.: «Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social», *REDT*, n.º 73/1995.
- VVAA: *La seguridad social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*. Pamplona. 2014

### III. RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Sobre los requisitos para tener derecho no contributivos: en especial la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas», *TL*, n.º 55/2000.
- «Nuevamente sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto a la STC 239/2002, de 11 de diciembre», *TL*, n.º 68/2003.
- BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Pamplona, 1997.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional», *AS*, n.º 18/2010.
- DE ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M.: «El requisito de estar en alta o situación asimilada al alta a efectos del percibo de prestaciones, principalmente, de viudedad y orfandad», *IL*, n.º 24/2000.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «El incremento adicional de las pensiones no contributivas otorgados por alguna de las Comunidades Autónomas», *TRS*, n.ºs 140-141/2002.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B.: «La maternidad acaecida durante el período de tramitación judicial del despido y la cuestión del requisito de alta o situación asimilada», *AS*, n.º 11/2010.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación por parte de la jurisprudencia», *AL*, n.º 2/2002.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Las vacaciones no disfrutadas por extinción de contrato de interinidad, pero pagadas, como situación asimilada al alta a efectos de reconocimiento posterior de Incapacidad Temporal por Accidente Común», *AS*, n.º 5/2004.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: «El encuadramiento del empresario en la Seguridad Social», *TL*, n.º 26/2003.
- IGLESIAS CABERO, M.: «Algunas variantes del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social», *RMTAS*, n.º 39/2002.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «Dinámica de la obligación de cotizar. Situaciones suspensivas y extintivas del contrato de trabajo y la cotización a la Seguridad Social», *TRS*, n.º 20/1992.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La obligación de cotizar en el sistema español de Seguridad Social», *REDT*, n.º 73/1995.
- «La afiliación de los trabajadores en la Seguridad Social», *AS*, n.º 13/1996.
- «El alta de los trabajadores en la Seguridad Social», *RGD*, n.ºs 625-626/1996.
- «La inscripción de empresarios en el Sistema de Seguridad Social», *RL*, n.º 5/1997.
- «El nuevo régimen jurídico de las bajas de los trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social», *AL*, n.º 22/1996.
- «Análisis del nuevo Reglamento General sobre cotización de la Seguridad Social: normas comunes del Sistema», *Diario La Ley*, 1996, tomo 3.
- MERCADER UGUINA, J., y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «El Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas», *RL*, n.º 9/1996.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «Novedades en cuanto a la cotización y recaudación dentro del Sistema de Seguridad Social a partir de 1997», *RL*, n.º 8/2007.
- SANZ MERINO, A. R.: «Estructura del Sistema de la Seguridad Social. Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: campo de aplicación del Sistema. Estructura del Sistema. Regímenes de Seguridad Social. Actos de encuadramiento y constitución de la relación jurídica de Seguridad Social», en *Manual Básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El paro involuntario no subsidiado (sin demanda de empleo) como posible situación asimilada a la de alta», *AS*, vol. II, paraf. 32, BIB 1997\824.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y BARRIOS BAUDOR, G. L.: «La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social», *AS*, vol. V, BIB 1998\1330.

- SERRANO ARGÜESO, M.: «Maternidad, trabajadores autónomos y situaciones asimiladas al alta», *AS*, n.º 11/2002.
- TATAY PUCHADES, C.: «La obligación de cotización», *TRS*, n.º 20/1992.
- URQUIZU CABALLÉ: *Las cotizaciones a la Seguridad Social*, Madrid, 1997.
- VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Algunas cuestiones sobre el marco normativo del Sistema de Remisión Electrónica de Documentos a la Tesorería General de la Seguridad Social», *RL*, n.ºs 6, 8 y 18/2002.
- VVAA: «La cotización a la Seguridad Social», *TRS*, n.º 20/1992.



## CAPÍTULO 4.

### SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: GESTIÓN Y FINANCIACIÓN

En el presente capítulo se van a estudiar dos aspectos fundamentales del Sistema de la Seguridad Social: su gestión y su financiación. Ambos aspectos dependen del modelo constitucional y tienen raíces históricas, políticas y sociales que determinan su evolución desde el ámbito privado hacia el público, sin perjuicio que desde sectores neoliberales se ponga en entredicho la eficacia pública de la gestión y el sistema solidario de la financiación.

Por lo que respecta a la gestión de la Seguridad Social, actualmente tiene un carácter público. El Estado se ha valido de una serie de entidades públicas, conocidas como la Administración Institucional de la Seguridad Social, a través de las cuales realiza los fines que tiene encomendados de dar cobertura a los estados de necesidad. En la actualidad existe una pluralidad de entidades de derecho público que gestionan la Seguridad Social. Sin embargo, la LAAMSS ha previsto que esta pluralidad de entidades públicas se unifique en una Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, con el fin de dotar al sistema de gestión de una mayor agilidad y eficacia. Hasta tanto no entre en funcionamiento la referida Agencia, se considera obligado estudiar las distintas entidades públicas que actualmente integran la Administración Institucional de la Seguridad Social. Unas de estas entidades son gestoras de prestaciones, como es el caso del INSS, ISM, SEPE, IMSERSO e INGESA y otras son servicios comunes de la Seguridad Social, tales como la TGSS, la Gerencia de Informática y el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, porque prestan servicios a las distintas entidades gestoras. Dentro de la ordenación de la gestión de la Seguridad Social se estudiarán, también, las entidades que colaboran en la gestión de la Seguridad Social desde el ámbito privado, aunque sin ánimo de lucro, como son las MCSS que colaboran en la gestión de contingencias de AT y EP y en la gestión de la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes, entre otras, y las empresas que por mandato legal participan obligatoriamente en el pago delegado de prestaciones y voluntariamente en la gestión de determinadas prestaciones siempre y cuando reúnan unos determinados requisitos.

En este capítulo, por último, se abordará el estudio de la financiación de la Seguridad Social desde la perspectiva de los dos modelos existentes en función de los niveles en que se configura la Seguridad Social: el contributivo o de carácter profesional, que se financia básicamente con las aportaciones de los empresarios y trabajadores, y el asistencial, que se financia a través de los PGE. Sin embargo, no existen modelos puros desde el punto de vista financiero, ya que nuestro país al igual que todos los de nuestro entorno, en el nivel contributivo coexisten las técnicas del Seguro Social, a través de las cotizaciones y las técnicas de financiación presupuestaria, a través de los impuestos de los ciudadanos. Actualmente, en plena crisis económica, la financiación del sistema ocupa un lugar preeminente en la escala de problemas



de la Seguridad Social, ya que juntamente con el incremento de los costes de protección social se produce un descenso de los ingresos, lo que provoca un déficit presupuestario inmediato, que se ve agravado por una evolución demográfica, que se caracteriza por un descenso continuado de la natalidad y una mayor expectativa de vida, dificultando la viabilidad del sistema a medio plazo.

## I. GESTIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se expuso en su momento (capítulo 2, I, 1, A), los poderes públicos tienen el mandato constitucional de mantener un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE). De una interpretación estricta del precepto constitucional no parece deducirse que sean los poderes públicos los que, en todo caso, deban gestionar directamente la Seguridad Social. Sin embargo, en otro precepto del texto constitucional se determina la competencia exclusiva del Estado respecto a la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17.<sup>a</sup> CE), y por su parte, el legislador ordinario no ha dudado al considerar que corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social (art. 4.1 TRLGSS) y que la gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales (actualmente MEYSS), con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia general y descentralización por las entidades gestoras de la Seguridad Social (art. 66 TRLGSS). De una interpretación sistemática de este grupo normativo se infiere que, si bien no existe un mandato constitucional concluyente a favor de la gestión directa por los poderes públicos de la gestión de la Seguridad Social, nada impide que se considere oportuno dar preferencia a esa gestión directa pública en esta materia (capítulo 2, I, 1, A).

Nuestro actual modelo de gestión de la Seguridad Social se caracteriza por su gestión indirecta, ya que no son los órganos de la Administración del Estado los que llevan directamente la gestión, sino que se encomienda a unas entidades específicas de Derecho Público como consecuencia del poder autoorganizativo que tiene el Estado. Esta Administración Institucional de la Seguridad Social fue creada por el RDL 36/1978, como consecuencia de uno de los acuerdos de los conocidos como Pactos de la Moncloa que obligó al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley de reestructuración de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social bajo los principios de simplificación, racionalización, ahorro de costes, eficacia social, descentralización y participación de los interesados en los órganos gestores.

La regulación normativa de todo el entramado institucional de la Seguridad Social se encuentra contenida en el Capítulo VII del Título I del TRLGSS y se puede dividir en tres apartados:

- La que regula las Entidades Gestoras que tienen competencias de gestión y administración de la Seguridad Social (arts. 66 a 72 TRLGSS).
- La que regula los Servicios Comunes, a los que atribuye competencias universales de todo el Sistema de la Seguridad Social (arts. 73 y 74 TRLGSS).
- La que regula las entidades colaboradoras (MCSS y empresas) que participan en la gestión de la Seguridad Social conforme a las competencias que la ley les atribuye (arts. 67 a 77 TRLGSS).

Antes de hacer referencia a los distintos entes de la Administración Institucional de la Seguridad Social debe aludirse a la previsión contenida en la LAAMSS (Disp. Adic. 7.<sup>a</sup>) respecto de un cambio institucional en la organización gestora y demás actos de aplicación efectiva del Sistema de la Seguridad Social, mediante la creación de una Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, al objeto de dar cumplimiento a la recomendación octava del PACTOL, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las CCAA en materia de Seguridad Social, conforme a sus Estatutos de Autonomía. Esta Agencia vendría a integrar orgánica y funcionalmente a los distintos entes públicos que actualmente componen la Administración de la Seguridad Social (INSS, ISM, TGSS, Gerencia Informática y Servicio Jurídico) en uno solo, ante el que se instrumentalizarían las relaciones jurídicas de afiliación, recaudación y prestaciones. No quedarían integrados en la Agencia las prestaciones y subsidios por desempleo, los servicios

sociales del Sistema de Seguridad Social, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la gestión de los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Está previsto que la Agencia entre en vigor una vez que sea aprobado su Estatuto por Real Decreto en Consejo de Ministros, previa negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Algún sector doctrinal ya se ha pronunciado sobre esta reforma estructural en ciernes, considerándola como una vía hacia la privatización de la gestión. Sin embargo, es aconsejable esperar a su puesta en funcionamiento para emitir una valoración objetiva al respecto. Hasta ese momento, deben tener una acogida muy favorable los objetivos inspiradores de su gestión: descentralización funcional, agilidad y simplificación, tendentes todos ellos a conseguir la mayor eficacia y legitimidad de los mecanismos de protección social. En consecuencia, la regulación de este organismo, que constituye una antigua reivindicación de la Administración institucional, habría de plasmarse de manera definitiva en una Agencia Estatal --esto es, con carácter y finalidad públicas--, modélica en su organización y funcionamiento al servicio de los ciudadanos.

## I. ENTIDADES GESTORAS Y SERVICIOS COMUNES

### A) Entidades gestoras

Las entidades gestoras de la Seguridad Social son entidades de derecho público con capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines (art. 68 TRLGSS). Estas entidades gestoras están revestidas de una serie de prerrogativas para el cumplimiento de esos fines, como son:

- ♦ La reserva de nombre (art. 75 TRLGSS).
- ♦ La exención tributaria absoluta (art. 76.1 y 3 TRLGSS).
- ♦ La franquicia postal y telegráfica (art. 76.2 TRLGSS).
- ♦ El beneficio de pobreza a efectos jurisdiccionales.

Las entidades gestoras del Sistema de la Seguridad Social son las siguientes (art. 66 TRLGSS):

- ♦ Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).
- ♦ Instituto Social de la Marina (ISM).
- ♦ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).
- ♦ Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

Además se debe añadir el organismo autónomo Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), encargado de gestionar la prestación de desempleo, que aunque no forma parte de la Administración Institucional de la Seguridad Social se considera oportuno hacer referencia al mismo porque gestiona la prestación de desempleo que, por otra parte, es la única que cita el artículo 41 CE.

#### a) Instituto Nacional de la Seguridad Social

Es una entidad gestora dotada de personalidad jurídica cuya función consiste en gestionar y administrar las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, excepción hecha de las prestaciones de desempleo, gestionadas por el SEPE, las pensiones no contributivas, gestionadas por el IMSERSO o las CCAA que tengan atribuida tal competencia, la asistencia sanitaria y servicios sociales, atribuidos a las CCAA y las prestaciones de los trabajadores del mar, gestionadas por el ISM.

El INSS queda adscrito al MEYSS a través de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (art. 1.4 RD 2.583/1996).

Las funciones específicas que realiza el INSS son las siguientes (art. 1.1 RD 2.583/1996):

- Reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, tanto del Régimen General como de los RREE, con las excepciones antes enumeradas.
- Reconocimiento y control del derecho a las prestaciones familiares de la Seguridad Social.
- Reconocimiento del derecho a la prestación de la asistencia sanitaria.
- Reconocimiento del derecho a la revalorización de las pensiones.
- Reconocimiento del derecho a las prestaciones contributivas de Seguridad Social por incapacidad permanente en sus distintos grados.
- Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidante.
- Declarar la responsabilidad empresarial por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo.
- La gestión y funcionamiento del Registro de Prestaciones Sociales Públicas.
- La gestión ordinaria de sus recursos humanos y materiales.
- En el ámbito internacional, la participación en la negociación y ejecución de los Convenios Internacionales de Seguridad Social, así como la pertenencia a asociaciones y Organismos internacionales.

El INSS se estructura en los siguientes órganos (art. 2 RD 2.583/1996, de 13 de diciembre):

a') Órganos de participación en el control y vigilancia en la gestión

- Consejo General: integrado por treinta y nueve miembros, trece en representación de los sindicatos más representativos, trece en representación de las organizaciones empresariales de más representatividad y trece representantes de la AGE, siendo su Presidente el Secretario de Estado de la Seguridad Social (art. 3.1 RD 2.583/1996). Sus funciones consisten en elaborar los criterios de actuación del INSS, elaborar el anteproyecto de presupuesto de acuerdo con lo dispuesto en la LPGE y aprobar la memoria anual para su elevación al Gobierno (art. 3.2 RD 2.583/1996). Funciona en pleno y se reúne trimestralmente (art. 3.3 RD 2.583/1996).
- Comisión Ejecutiva: integrada por nueve vocales, tres en representación de los sindicatos, tres en representación de las organizaciones empresariales y tres en representación de la AGE, elegidos los representantes sindicales y empresariales por y entre los respectivos vocales del Consejo General. Su Presidente será el Director general del Instituto (art. 4.1 RD 2.583/1996). Sus funciones consistirán en supervisar y controlar la aplicación de los acuerdos del Consejo General, así como proponer cuantas medidas estime necesarias para el mejor cumplimiento de los fines del Instituto (art. 4.2 RD 2.583/1996). Se reunirá mensualmente, así como cuando la convoque su Presidente, a iniciativa propia o de un tercio de sus miembros (art. 4.3 RD 2.583/1996).
- Comisiones Ejecutivas Provinciales: integradas por nueve vocales: tres en representación de los sindicatos más representativos, tres de las organizaciones empresariales de más representatividad y tres representantes de la AGE (art. 14.1 RD 2.583/1996). Le corresponde supervisar y controlar la aplicación, a nivel provincial, de los acuerdos del Consejo General, así como proponer, en su caso, cuantas medidas, planes y programas sean necesarios para el perfeccionamiento de los mismos en su ámbito territorial (art. 14.2 RD 2.583/1996). Se reúne mensualmente (art. 14.3 RD 2.583/1996).

b') Órganos de dirección

- Dirección General: al frente de la misma estará el Director general del Instituto, que asumirá su representación legal y será nombrado y separado libremente de su cargo por Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Seguridad Social (art. 5.2 RD 2.583/1996). Las competencias que tiene atribuidas son las de planificación, dirección, control e inspección de las actividades del mismo (art. 5.1 RD 2.583/1996). De la misma dependen la Secretaría General y las siguientes Subdirecciones Generales: de Ordenación y Asistencia Jurídica, de Recursos Humanos y Materiales, de Gestión Económica y Presupuestaria, de Gestión de Prestaciones, de Estudios Económicos, de Gestión de Incapacidad Temporal y otras Prestaciones a Corto Plazo, y de Coordinación de Unidades Médicas.
- Direcciones Provinciales: al frente de las mismas habrá un Director Provincial que será el representante del organismo y velará por el cumplimiento de sus fines, asumiendo las competencias de dirección, ejecución, control e inspección de sus actividades en el ámbito provincial (art. 15.2 RD 2.583/1996). Los referidos Directores serán competentes para el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, en la gestión atribuida al Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 15.3 RD 2.583/1996).

b) Instituto Social de la Marina

El ISM es una entidad gestora dotada de personalidad y capacidad de obrar, dependiente del MEYSS, cuya finalidad consiste en la asistencia a los trabajadores del mar, tanto en España como en el extranjero, favoreciendo su mejora humana, profesional y económico-social, además de las competencias de gestión del RETM (Disp. Adic. 9ª TRLGSS y art. 42.1 LEPOSMAR).

El ISM tiene las competencias específicas siguientes (art. 3.1 RD 504/2011, de 8 de abril):

- Gestión, administración y reconocimiento del derecho a las prestaciones del RETM, así como la inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variación de datos de los trabajadores adscritos a dicho Régimen Especial en colaboración con la TGSS.
- La colaboración con la TGSS en la gestión de la cotización y la función recaudatoria en período voluntario en el sector marítimo-pesquero.
- La gestión de las prestaciones por desempleo de los trabajadores incluidos en el RETM (Disp. Adic. 3.ª RD 625/1985, de 2 de abril).
- La gestión de las prestaciones por cese de actividad de los trabajadores autónomos cuando estos últimos tengan cubiertas las contingencias profesionales con el ISM.
- La asistencia sanitaria de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero utilizando sus propios medios tales como el centro radio médico, los buques sanitarios y de apoyo logístico, los centros asistenciales en el extranjero y otros que puedan implantarse o acordando la evacuación y repatriación de trabajadores enfermos o accidentados.
- La sanidad marítima, incluyendo la información sanitaria a los trabajadores del mar, la realización de los reconocimientos médicos de embarque marítimo, la inspección y control de los medios sanitarios a bordo, de los botiquines de los que han de ir dotados los buques y cualesquiera otras actuaciones de medicina preventiva y formación sanitaria dirigida a los trabajadores del mar que se le puedan encomendar en un futuro.
- La formación profesional marítima y sanitaria y la promoción profesional de los trabajadores del mar en activo, mediante la impartición de cursos de las correspondientes especialidades, atendiendo a las necesidades formativas que demande el sector marítimo-pesquero.
- La promoción del bienestar de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero. La asistencia social de los trabajadores del mar y sus beneficiarios en situaciones de abandono, naufragios y

- otros hechos análogos, y a los trabajadores del mar enrolados en buques extranjeros, tanto en el momento de su contratación como durante la realización de su trabajo y posterior repatriación.
- ✦ La cooperación con las cofradías de pescadores en la prestación de servicios a los trabajadores del mar y sus beneficiarios en el ámbito de las competencias del ISM.
  - ✦ La gestión de los buques sanitarios y de apoyo logístico del ISM, Esperanza del Mar y Juan de la Cosa.
  - ✦ La gestión de los centros asistenciales en el extranjero, constituidos como servicios de la AGE en el exterior.
  - ✦ La participación, fomento y desarrollo de programas y proyectos que tengan como objetivo la adaptabilidad de los trabajadores del mar, fomentando la diversificación laboral de sus capacidades.
  - ✦ La realización de estudios, informes y propuestas de proyectos normativos o programas que afecten al sector marítimo-pesquero en materia de su competencia.
  - ✦ La edición y distribución de publicaciones unitarias y/o periódicas especializadas con destino a los trabajadores y empresas del sector marítimo-pesquero.
  - ✦ En colaboración con el MEYSS, la cooperación con organismos internacionales con competencias en materias relacionadas con la Seguridad Social de los trabajadores del mar o con la problemática del sector marítimo-pesquero, así como la participación en la negociación y elaboración de los instrumentos internacionales que se relacionen con los trabajadores de dicho sector.
  - ✦ La coordinación y realización de programas y actividades específicos dirigidos a potenciar e incrementar la seguridad marítima y la seguridad del trabajo en el mar, así como la colaboración con otros organismos de la administración con competencias en el sector marítimo-pesquero en esta materia.
  - ✦ En las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y en aquellos territorios en los que dichas funciones no se hayan traspasado a la CA correspondiente, la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar y sus beneficiarios dentro del territorio nacional, incluyendo la asistencia hospitalaria, servicios de especialidades y urgencias; la asistencia y servicios sociales dirigidos a promover el bienestar de los trabajadores del mar y de sus familias, así como la asistencia a los marinos y pescadores de la tercera edad y sus familias, la formación profesional y las políticas activas de empleo.

El ISM se estructura, a semejanza del INSS, en los siguientes órganos (art. 4 RD 504/2011, de 8 de abril y art. 45 LEPOSMAR):

a') Órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión

- ✦ Consejo General.
- ✦ Comisión ejecutiva del Consejo General.
- ✦ Comisiones Ejecutivas provinciales.

b') Órganos de dirección y gestión

- ✦ Dirección.
- ✦ Subdirecciones generales: de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar; de Administración y Análisis Presupuestario y de Acción Social Marítima.
- ✦ Direcciones provinciales y locales.

c) Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y los Servicios Públicos de Salud de las CCAA

El INGESA, denominación actual (art. 15 RD 840/2002) del extinto INSALUD, es una entidad gestora, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, cuya función consiste en la administración y gestión de los servicios sanitarios.



En la actualidad, las CCAA tienen constituido su propio servicio público de salud, excepción hecha de Ceuta y Melilla, que depende de sus respectivos órganos de gobierno, al que compete la ejecución de la prestación de la asistencia sanitaria, bien directa o indirectamente a través de entidades de naturaleza pública o mediante acuerdos con personas públicas o privadas, por lo que el ámbito territorial actual del INGESA queda circunscrito a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Además de las prestaciones sanitarias el INGESA gestiona el personal, los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las referidas ciudades autónomas.

La presidencia del INGESA corresponde al Secretario General de Sanidad y se estructura en dos Subdirecciones Generales: la de Atención Sanitaria que tiene como funciones la ordenación, control y evaluación de la gestión de la atención primaria, la atención especializada y los conciertos del Instituto y la de Gestión Económica y Recursos Humanos.

#### d) Instituto de Mayores y Servicios Sociales

El IMSERSO, denominación actual (Disp. Final 3.ª RD 1.600/2004) de los extintos INSERSO, e Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, es una entidad gestora de la Seguridad Social, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, cuyas competencias principales son las siguientes (art. 1.2 RD 1.226/2005):

- ✦ Gestión y seguimiento de las pensiones de invalidez y jubilación en su nivel no contributivo, salvo en aquellas CCAA a las que se hubiera transferido las competencias o tengan establecido un concierto al respecto.
- ✦ Los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social.
- ✦ Seguimiento de la gestión de las prestaciones económicas derivadas de la LISM, sin perjuicio de la gestión directa de estas prestaciones en las Ciudades de Ceuta y Melilla.
- ✦ Establecimiento y gestión de centros de atención especializada.
- ✦ Propuesta, gestión y seguimiento de planes de servicios sociales de ámbito estatal.
- ✦ Propuesta de normativa básica que garantice los principios de igualdad y solidaridad para la determinación de los baremos a efectos del reconocimiento del grado de minusvalía.
- ✦ El fomento de la cooperación con las organizaciones y entidades que agrupan a las personas mayores.
- ✦ Las relaciones con organismos extranjeros e internacionales y la asistencia técnica a los programas de cooperación internacional en materias y colectivos de su ámbito de acción.

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales se estructura, a semejanza del INSS, en los siguientes órganos (art. 2 RD 1.226/2005):

##### a') Órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión

- ✦ Consejo General.
- ✦ Comisión Ejecutiva.
- ✦ Comisiones Ejecutivas Territoriales de Ceuta y Melilla.

##### b') Órganos de dirección

- ✦ Dirección General.
- ✦ Secretaría General.
- ✦ Tres Subdirecciones Generales: de Planificación, Ordenación y Evaluación; de Gestión y de Análisis Presupuestario y de Gestión Financiera.



### e) Servicio Público de Empleo Estatal

El SEPE es un organismo autónomo de la AGE, adscrito al MEYSS, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuyas funciones consisten en la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo (art. 10 Ley 56/2003).

Las competencias atribuidas al SEPE (art. 13 Ley 56/2003) son las siguientes:

- Elaborar y elevar al Ministerio las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo, formación para el empleo y protección por desempleo que procedan.
- Elaborar el anteproyecto de su presupuesto de ingresos y gastos.
- Impulsar el desarrollo del Sistema Nacional de Empleo en colaboración con los servicios públicos de empleo de las CCAA prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo.
- Percibir las ayudas financieras de la UE de fondos europeos para la cofinanciación de acciones y programas sufragados con cargo a su presupuesto y proceder a la justificación y valoración de las mismas.
- Colaborar con las CCAA y los interlocutores sociales en la elaboración del Programa Anual de Trabajo del Sistema Nacional de Empleo y los Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo, garantizando su evaluación y seguimiento conjunto.
- Realizar la gestión y el control de las prestaciones por desempleo, garantizando el cumplimiento del compromiso de actividad, y ejerciendo la potestad sancionadora en esta materia, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente.
- Mantener las bases de datos que garanticen el registro público de ofertas, demandas y contratos, mantener el observatorio de las ocupaciones y elaborar las estadísticas en materia de empleo y desempleo con fines estatales.
- Gestionar los programas de empleo y formación profesional para el empleo, que le correspondan normativamente, y estén consignados en su presupuesto de gastos.
- Llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, en colaboración con las respectivas comunidades autónomas.

El SEPE se articula en torno a una estructura central y a una estructura periférica, participando las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de forma tripartita y paritaria, en sus órganos correspondientes.

La estructura central se compone de un Consejo General, de una Comisión Ejecutiva Central y de una Dirección General con las siguientes Subdirecciones: de Recursos y Organización; de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica; de Gestión Financiera; de Estadística e Información; de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; de Prestaciones por Desempleo y de Políticas Activas de Empleo (arts. 3 a 13 RD 1.383/2008, de 1 de agosto).

Los servicios periféricos del SEPE, por su parte, se clasifican en órganos de gestión territorial y órganos de participación institucional. Son órganos de gestión territorial los Coordinadores Territoriales, los Directores Provinciales, y las oficinas de empleo y/o de prestaciones, y las unidades administrativas dependientes del Director Provincial en el ámbito provincial y local y son órganos de participación institucional las Comisiones Ejecutivas Territoriales (art. 14 RD 1.383/2008, de 1 de agosto).

### B) Servicios Comunes del Sistema de la Seguridad Social

Los Servicios Comunes son aquellos que asumen competencias universales de todo el Sistema de la Seguridad Social. La previsión legal considera como Servicio Común único a la TGSS (art. 74 LGSS). Sin embargo, la norma legal abre la posibilidad al Gobierno, a propuesta del MTI, actualmente MEYSS, de que puedan surgir otros Servicios Comunes (art. 73 LGSS), como así ocurrió con la creación de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y el Servicio Jurídico de la Seguridad Social (RD 1.600/2004).

a) Tesorería General de la Seguridad Social

La TGSS es un Servicio Común del Sistema de Seguridad Social dotado de personalidad jurídica propia, cuya misión consiste en tener a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del Sistema de Seguridad Social (art. 74.1 TRLGSS).

Las competencias específicas de la TGSS son las siguientes (art. 1 RD 1.314/1984, de 20 de junio):

- ✦ La inscripción de empresas y la afiliación, altas y bajas de los trabajadores.
- ✦ La gestión y control de la cotización y de la recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de la Seguridad Social.
- ✦ El aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas de la Seguridad Social, en la forma, condiciones y requisitos establecidos.
- ✦ La titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social.
- ✦ La ordenación de los pagos de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente dichas obligaciones y evitar los desajustes financieros.
- ✦ La elaboración de la propuesta del anteproyecto de presupuesto de recursos de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- ✦ La elaboración del presupuesto monetario, en el que se incluirán con la debida especificación, las previsiones necesarias para atender el cumplimiento de las obligaciones del sistema.
- ✦ La tramitación de las operaciones de crédito y anticipos de Tesorería necesarios para atender los desajustes financieros del sistema.
- ✦ La autorización de la apertura de cuentas en instituciones financieras destinadas a situar los fondos de la Seguridad Social.
- ✦ La gestión de la función reaseguradora de accidentes de trabajo.
- ✦ La recaudación de las cuotas de desempleo, FGS y formación profesional, en tanto aquélla se efectúe conjuntamente con la de las cuotas de la Seguridad Social.
- ✦ La elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas y de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción, así como la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones en materia de Seguridad Social que afecten a su ámbito de competencias, en ambos casos a propuesta de la ITSS.
- ✦ Gestión de los Convenios especiales (Orden Ministerial de 30 de octubre de 1985).
- ✦ Registro de los contratos administrativos de las Entidades de la Seguridad Social (Orden Ministerial de 9 de septiembre de 1985).

La participación en el control y vigilancia de la gestión de la TGSS se desarrollará, en el ámbito estatal, por el Consejo General del INSS. En las Tesorerías Territoriales dicha participación corresponderá a las Comisiones Ejecutivas Provinciales del mencionado Consejo General (art. 2.2 RD 1.314/1984, de 20 de junio).

Los órganos directivos centrales de la TGSS son: la Dirección General, la Secretaría General y las Subdirecciones Generales de Afiliación y Procedimientos Especiales; de Ordenación de Pagos y Gestión del Fondo de Reserva; de Ordenación e Impugnaciones; de Gestión del Patrimonio, Inversiones y Obras; de Presupuestos, Estudios Económicos y Estadísticas; de Recaudación; de Recursos Humanos y Materiales y de Informática (art. 2.1 y 3 a 5 RD 1.314/1984, de 20 de junio).

En el ámbito provincial, son órganos de la TGSS sus respectivas Direcciones Provinciales, estructuradas en las unidades administrativas que se establezcan de acuerdo con el volumen de gestión de cada Dirección Provincial (art. 7 RD 1.314/1984, de 20 de junio).

### b) Gerencia de Informática de la Seguridad Social

La Gerencia de Informática de la Seguridad Social tiene la naturaleza de Servicio Común de la Seguridad Social, aunque no está dotada de personalidad jurídica, teniendo nivel orgánico de Subdirección General y adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (Disp. Adic 2.<sup>a</sup>1 RD 777/2011, de 3 de junio).

Las competencias que tiene atribuidas la Gerencia de Informática son las siguientes (Disp. Adic. 2.<sup>a</sup>2 RD 777/2011):

- La elaboración y proposición a las Entidades Gestoras, TGSS e Intervención General de la Seguridad Social de los planes directivos de sistemas de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, para su posterior presentación ante el Consejo general de tecnologías de la información y las comunicaciones de la Seguridad Social.
- La propuesta de creación, desarrollo y modificación de los sistemas de información.
- La evaluación, auditoría e inventario de los sistemas de información vigentes y la propuesta de modificaciones de éstos, a fin de garantizar su perfecta coordinación en el esquema general de actuación.
- La aprobación de las normas de carácter técnico y metodológico que garanticen la homogeneidad, compatibilidad, interrelación y transmisibilidad de todos los sistemas de información, presentes y futuros, sin perjuicio de las competencias de la Subsecretaría al respecto.
- La creación, custodia y administración de las bases de datos corporativas del sistema, así como los sistemas de seguridad y de confidencialidad.
- El mantenimiento y actualización de los medios telemáticos utilizados para la transmisión de información, así como los correspondientes sistemas informáticos.
- El mantenimiento del inventario de recursos de la totalidad de los sistemas de información.
- El informe de los expedientes de adquisición de bienes y servicios informáticos, los expedientes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo de carácter informático y los planes de formación en tecnologías de la información y las comunicaciones.

### c) Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social

Es un Servicio Común, creado por el RD 1.600/2004, al que corresponde el ejercicio de las funciones y competencias relativas al asesoramiento jurídico, así como a la representación y defensa en juicio de las entidades gestoras y demás Servicios Comunes de la Administración de la Seguridad Social (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> RD 777/2011).

El Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social no tiene personalidad jurídica, depende de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y está integrado en la TGSS como centro de gestión independiente.

## 2. COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN

La colaboración en la gestión del Sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por las MCSS, por las empresas y por las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa inscripción en un registro público (art. 79 TRLGSS). De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la gestión privada de la Seguridad Social, aunque de una manera limitada y sin ánimo de lucro, lo que no deja de contradecir el principio de gestión pública consagrado en el artículo 41 CE. La doctrina científica ha considerado que se trata de una vía hacia el proceso de la privatización de la gestión de la Seguridad Social.

## A) Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social

### a) Concepto

Las MCSS son asociaciones privadas, constituidas voluntariamente, sin ánimo de lucro, por un mínimo de cincuenta empresarios que ocupen al menos 30.000 trabajadores y con un volumen de cuotas no inferior a 20 millones de euros, con el objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, para lo cual asumen una responsabilidad mancomunada, subsidiaria e ilimitada (arts. 80 y 81 TRLGSS).

### b) Notas características

Del concepto legal apuntado se desprenden una serie de notas características:

- Se trata de asociaciones privadas, creadas libremente por los empresarios en virtud de su autonomía privada, estando este campo vedado a las Administraciones Públicas en cuanto a su constitución, aunque éstas sí pueden asociarse a las ya constituidas.
- Las MCSS son sometidas a severos controles por parte del MEYSS, el cual aprueba sus Estatutos y autoriza su constitución y actuación (art. 681 TRLGSS), además de ejercer las facultades de dirección y tutela (art. 98.1 TRLGSS) y la auditoría de cuentas, que será realizada anualmente por la Intervención General de la Seguridad Social (art. 98.2 TRLGSS). Este intervencionismo administrativo tiene su razón de ser en el hecho de que las MCSS, si bien son asociaciones privadas, realizan una actividad pública.
- Las Mutuas, una vez inscritas en el Registro existente al efecto, tendrán personalidad jurídica propia y gozarán de plena capacidad para adquirir, poseer, gravar o enajenar bienes y realizar toda clase de actos y contratos o ejercitar derechos o acciones, todo ello ordenado a la realización de los fines que tienen encomendados (art. 2.2 RMCSS).
- La relación de la MCSS y las empresas se realiza a través de un Convenio de asociación, el cual determinará los derechos y obligaciones de ambas partes (art. 62.1 RMCSS). El Convenio tendrá una duración de un año (art. 62.2 RMCSS), prorrogable anualmente de forma tácita salvo denuncia del empresario asociado notificada con un mes de antelación a la fecha en que venza, y deberá contener necesariamente, el nombre y apellidos del empresario individual y la denominación o razón social, si se trata de una persona jurídica, así como el domicilio, el código o códigos de cuenta de cotización asignados y la actividad o actividades económicas de la empresa; la fecha y hora en que comiencen y terminen sus efectos (art. 62.3 RMCSS). Cuando el convenio de asociación no pueda suscribirse de manera inmediata, irá precedido de una proposición de asociación que, aceptada por la Mutua y recogida en el documento correspondiente, denominado documento de proposición de asociación, implicará que aquélla asume las obligaciones que se deriven de la asociación cuando ésta pueda ser efectiva (art. 62.4 RMCSS).
- Las MCSS carecen de ánimo de lucro, sin que la colaboración de las mismas en la Seguridad Social pueda servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil, ni se pueda imputar gasto alguno por actividades de mediación o captación de empresas asociadas o de trabajadores adheridos (art. 5.1 RMCSS) ni la concesión de beneficios económicos de ninguna clase a favor de los empresarios asociados, ni a la sustitución de éstos en las obligaciones que se derivan de su condición de tales (art. 5.2 RMCSS).
- Las MCSS, en su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, repartirán entre sus asociados los costes y gastos, mediante la aportación por éstos de las correspondientes cuotas y la aplicación, en su caso, a los mismos, de la responsabilidad mancomunada por el importe de los siguientes conceptos (art. 7 RMCSS):
  - El coste que se derive del régimen de prestaciones aplicable a las contingencias en que tienen autorizada la colaboración.

- El coste de los servicios para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- La contribución al sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social.
- Los gastos de administración de la entidad.
- La responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados se extenderá a todas las obligaciones que legal o contractualmente alcancen a la Mutua cuando ésta no las cumpliera a su debido tiempo, sin que los estatutos de la entidad puedan establecer ninguna limitación a este respecto. Esta responsabilidad del empresario asociado a una Mutua no terminará hasta la liquidación de las obligaciones sociales correspondientes al período durante el cual haya permanecido asociado a la misma, o que sean consecuencia de operaciones realizadas dentro de aquel período. No obstante, en caso de finalizar la asociación dicha responsabilidad prescribirá a los cinco años desde la fecha de cierre del ejercicio correspondiente (art. 8.1 RMCSS).
- Las Mutuas gozarán de exención tributaria, en los términos que se establece para las Entidades Gestoras (arts. 76.1 TRLGSS y 6 RMCSS).

### c) Competencias

En su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, las MCSS tienen las siguientes competencias (art. 80.2 TRLGSS):

- Gestionar la protección derivada de AT y EP (prestaciones económicas y asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación) en idénticos términos y con el mismo alcance que las entidades gestoras, con la única excepción de las prestaciones de IP y muerte y supervivencia derivadas de EP que asume directamente el INSS (STS 12-3-1994). En concreto, le corresponde:
  - Expedir los partes de baja, de confirmación de baja o de alta y la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción en los procesos de IT derivados de AT y EP.
  - Anticipar el pago de las prestaciones económicas y asistencia sanitaria (SSTS 15-4-1996 y 22-10-1996) en los supuestos de descubierto prolongado en la cotización, sin perjuicio de que posteriormente puedan dirigirse contra las empresas responsables del ingreso de capitales coste o del pago de aquellas prestaciones (art. 167.3 TRLGSS).
  - Declarar la prórroga y el abono de la prestación de IT cuando ésta se haya agotado por el transcurso de su plazo máximo.
- Gestionar la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes.
- Gestionar las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (arts. 187 y 189 TRLGSS).
- Gestionar las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia.
- Gestionar la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

El proceso de ampliación de competencias en la colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las MCSS, a pesar de la tutela que sobre las mismas ejerce el MEYSS, puede considerarse como una brecha abierta en el régimen de gestión pública de la Seguridad Social, lo que no deja de ser inquietante

La LAAMSS (Disp. Adic. 14.<sup>a</sup>) había previsto que en el plazo de un año a partir de agosto de 2011, el Gobierno con la participación de los agentes sociales, abordara la reforma del marco normativo de aplicación a las MCSS con la finalidad de garantizar su función de entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, asegurar el carácter privado de las mismas, articular su régimen económico promoviendo el equilibrio entre ingresos y costes de las prestaciones, establecer la composición de los órganos directivos de las mismas y promover la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más



representativas. Sin embargo, esta previsión no había sido cumplida, en plazo, por el Gobierno, que primero la aplazó *sine die* (Disp. Trans. 8.<sup>a</sup> LPGE 2013) hasta que por fin ha regulado el régimen jurídico de las MCSS a través de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifican determinados artículos de la LGSS, refundidos posteriormente en TRLGSS.

Esta última norma pretende regular en su integridad el régimen jurídico de las MCSS y de las funciones que desarrollan en su condición de entidades colaboradoras en la gestión de la protección social pública, cubriendo las lagunas legales existentes y reconduciendo la dispersión de normas de distinto rango que configuran dicho régimen (Prámbulo II Ley 35/2015).

d) Órganos de gobierno y de participación.

Los Órganos de gobierno de las Mutuas se pueden clasificar en:

a') Órganos colegiados

- Junta General: es el superior órgano de gobierno de la entidad y estará integrada por todos sus asociados, si bien sólo tendrán derecho de voto aquellos que estuvieran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones sociales. Formará parte de la Junta General un representante de los trabajadores al servicio de la entidad. Tiene competencia para la designación y remoción de los miembros de la Junta Directiva, aprobación de los anteproyectos de presupuestos y cuentas anuales, reforma de estatutos, fusión, absorción y liquidación, etc. (art. 86 TRLGSS y art. 33 RMCSS).
- Junta Directiva: es el órgano colegiado al que corresponde el gobierno directo de la Mutua. Estará compuesta entre diez y veinte empresarios asociados, de los cuales el treinta y ocho por ciento corresponderá a aquellas empresas que cuenten con mayor número de trabajadores y un trabajador por cuenta propia adherido, todos ellos designados por la Junta General. Es competencia de la Junta Directiva la convocatoria de la Junta General, la ejecución de los acuerdos adoptados por la misma, la formulación de los anteproyectos de presupuestos y de las cuentas anuales, así como la exigencia de responsabilidad al Director Gerente (art. 87 TRLGSS).
- Comisión de Prestaciones Especiales: estará constituida por el número de miembros establecidos en los estatutos, de los que la mitad serán representantes de los trabajadores empleados en las empresas asociadas y la otra mitad a representantes de los empresarios asociados, designados por la Junta Directiva, asimismo tendrán representación los trabajadores adheridos. Tendrá a su cargo la concesión de los beneficios derivados de la Reserva de asistencia social que tenga establecidos la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social a favor de los trabajadores protegidos o adheridos y sus derechohabientes que hayan sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se encuentren en un especial estado de necesidad (art. 90 TRLGSS).
- Comisión de Control y de Seguimiento: es el órgano de participación de los agentes sociales, compuesto por un máximo de doce miembros designados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como por una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos. Tiene como competencias las de conocer e informar de la gestión que realiza la entidad en las distintas modalidades de colaboración, proponer medidas para mejorar el desarrollo de las mismas, informar el anteproyecto de presupuestos y las cuentas anuales y conocer los criterios que mantiene y aplica la Mutua en el desarrollo de su objeto social (art. 89 TRLGSS).



*b') Órgano ejecutivo*

— Director Gerente: es el órgano que ejerce la dirección ejecutiva de la Mutua y a quien corresponde desarrollar los objetivos generales y la dirección ordinaria de la entidad. Será nombrado por la Junta Directiva, pero supeditado a la confirmación del MEYSS (art. 88.1 TRLGSS).

El órgano de participación y control de las MCSS es la Comisión de Control y Seguimiento (art. 89 TRLGSS y art. 37 RMCSS). Esta Comisión estará compuesta por un máximo de doce miembros designados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como por una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos. Tiene como competencias las de conocer e informar de la gestión que realiza la entidad en las distintas modalidades de colaboración, proponer medidas para mejorar el desarrollo de las mismas, informar el anteproyecto de presupuestos y las cuentas anuales y conocer los criterios que mantiene y aplica la Mutua en el desarrollo de su objeto social.

*B) Empresas*

Las empresas pueden colaborar en la gestión de la Seguridad Social de una manera obligatoria, por imperativo legal y de una manera voluntaria (arts. 102 TRLGSS y 1 OM 25-11-1966).

*a) Colaboración obligatoria*

La colaboración obligatoria de las empresas [art. 102.1.c TRLGSS y arts. 3.1 y 16.1 OM 25-11-1966] consiste en el pago a sus trabajadores, con cargo a la entidad gestora o colaboradora, las prestaciones de IT por contingencias comunes, a partir del 16.º día de baja, las prestaciones de IT por contingencias profesionales, a partir del día siguiente a la baja y las prestaciones por desempleo parcial en los casos de reducción de jornada o suspensión de contratos debidamente autorizados. De esta manera, el legislador ha pretendido agilizar el proceso burocrático y la efectividad en el pago de las prestaciones, para lo cual es requisito necesario que la empresa satisfaga las cotizaciones a la TGSS.

No obstante, las empresas que empleen menos de diez trabajadores y lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de ellos una prestación económica por IT, cualquiera que sea su causa, podrá trasladar en cualquier momento la obligación de pago de la misma al INSS o a la MCSS, con la única obligación de preavisar con quince días de antelación que deberá coincidir con el comienzo del mes natural (art. 16.2 OM 25-11-1966). También se exceptúa temporalmente de esta obligación a aquellas empresas a las que se hubiese concedido la suspensión o el fraccionamiento en el pago de las cuotas de Seguridad Social (art. 16.3 OM 25-11-1966).

La empresa se compensará las cantidades pagadas por cuenta de las entidades gestoras o MCSS mediante la presentación de los correspondientes boletines de cotización en el mismo período al que se contrae el pago, siempre que previamente el INSS o el SEPE hayan reconocido el derecho al trabajador (art. 20 OM 25-11-1966).

*b) Colaboración voluntaria*

La colaboración voluntaria de las empresas es la asumida libremente por las mismas y tiene por objeto la cobertura a su cargo de las siguientes prestaciones de Seguridad Social [art. 102.1 TRLGSS y art. 2 OM 25-11-1966]:

- Prestaciones de IT y asistencia sanitaria derivada de AT y EP.
- Prestaciones por asistencia sanitaria e IT derivada de enfermedad común y accidente no laboral.
- Prestaciones económicas de IT derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, a partir del 16.ª día de la prestación, a cargo de la entidad gestora o mutua obligada.

Los requisitos que deben reunir las empresas para colaborar voluntariamente en la gestión son los siguientes (arts. 2.2, 4.1 y 7.1 OM 25-11-1966):

- Tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General o más de 100 trabajadores fijos y en alta si la empresa dispone de instalaciones sanitarias propias.
- Poseer instalaciones sanitarias propias.
- Haber solicitado autorización y observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de orden social.

Por su parte, los empresarios que se acojan a esta forma de colaboración, tendrán las siguientes obligaciones respecto a los trabajadores a su servicio (art. 5 OM 25-11-1966):

- Prestar a su cargo la asistencia sanitaria que corresponda a la situación de IT derivada de AT y EP.
- Pagar directamente y a su cargo la prestación económica por la IT derivada de AT y EP, sin que pueda ceder, transmitir o asegurar la gestión de cobertura de la prestación.
- Destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva denominada «de estabilización».
- Dar cuenta a los representantes legales de los trabajadores, semestralmente al menos, de la aplicación de las cantidades deducidas de la cuota de Seguridad Social para el ejercicio de la colaboración.
- Llevar en su contabilidad una cuenta que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración.

Por el contrario, los empresarios que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a retener, al efectuar la cotización, la parte de cuota correspondiente a las prestaciones sanitarias y económicas objeto de su colaboración, si bien ingresarán en concepto de aportación al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social y de contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, la cantidad que resulte de aplicar el coeficiente que para cada año fije el MEYSS sobre la parte de cuota correspondiente a incapacidad permanente y muerte y supervivencia (art. 6 OM 25-11-1966).

## II. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La financiación de la Seguridad Social es uno de los problemas más acuciantes que tiene el Sistema de Seguridad Social español como consecuencia de la crisis económica que padecemos desde el año 2008. El incremento continuo de las prestaciones para paliar la crisis y el paralelo descenso de ingresos están provocando un desfase financiero importante, sin que se vislumbren soluciones a corto plazo, ya que o bien se reducen las prestaciones, lo que no resulta ajustado al principio de suficiencia protectora que informa nuestro Sistema de Seguridad Social (capítulo 2, I, 1, A), o bien se incrementan los ingresos a través de las cotizaciones, lo que sería contrario al PACTOL, o utilizando la vía presupuestaria. Esta última vía pudiera no parecer adecuada considerando la rígida política de contención del gasto público que se está aplicando como consecuencia de la crisis económica. Pero resultaría factible si el incremento de los ingresos públicos derivara de una tributación realmente progresiva de los grandes patrimonios y de una eficaz tarea recaudatoria que pusiera coto al sostenido y desmesurado fraude fiscal.

Indudablemente, la financiación de la Seguridad Social no sólo tiene connotaciones de tipo económico, sino también políticas, ya que cualquier tipo de decisión en esta materia repercute de manera inmediata en los niveles de protección, por lo que planteamientos economicistas pueden llevar al traste el esfuerzo de generaciones para mantener un Estado de Bienestar que cubra las situaciones de necesidad que impactan en una buena parte de los ciudadanos de este país.

En nuestro país, además, se da la paradoja de que el sistema de financiación de la Seguridad Social se basa en un modelo centralizado o de caja única cuando la forma del Estado es la propia de un Estado descentralizado constituido por diecisiete CCAA y dos provincias autónomas, lo que no deja de crear ten-

siones. El Estado tiene competencia exclusiva respecto al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17.<sup>a</sup> CE), lo que implica la existencia de una caja única (art. 74 TRLGSS) y la titularidad de todo el patrimonio de la Seguridad Social, distinto del patrimonio del Estado (art. 103 TRLGSS), que ostenta la TGSS (arts. 74 y 104 TRLGSS), la cual sitúa sus fondos en el Banco de España en una cuenta única. No obstante, este modelo centralizado de financiación no impide que por parte de las CCAA se pueda gestionar el régimen económico de la Seguridad Social como parte de las competencias autonómicas de ejecución de los servicios de la Seguridad Social y al configurarse la TGSS como un Servicio Común del Sistema (capítulo 2, I, 2 B); se gestionen determinados Servicios Sociales, así como que se complementen las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social (STC 239/2002) y las prestaciones sanitarias.

## I. MODELOS DE FINANCIACIÓN

La financiación del Sistema de Seguridad Social es distinta para cada uno de los dos niveles en que se estructura el sistema: el contributivo o profesional y el asistencial o no contributivo. Esta separación de las fuentes financieras tiene su origen en el PACTOL, en el que se estableció la necesidad de encontrar las bases para el equilibrio financiero del Sistema. Sin embargo, en ningún país de nuestro entorno, ni por supuesto en el Sistema de la Seguridad Social española, pueden encontrarse modelos puros de financiación, sino más bien mixtos, en los que la técnica de la financiación presupuestaria coexiste con la técnica de las cotizaciones, propia del Seguro Social.

### *A) Financiación del nivel contributivo o profesional*

El sostenimiento económico de este nivel se realiza básicamente a través de la cotización de las empresas y de los trabajadores, por lo que tiene un marcado componente profesional, existiendo una relación directa entre el salario percibido y la base de cotización, lo que beneficia a aquellos trabajadores con rentas más altas y deja fuera de su acción protectora a los ciudadanos que no hayan cotizado previamente a la Seguridad Social.

El RGCL no da una definición de la cotización a la Seguridad Social, pero al determinar su objeto precisa que la cuota a ingresar expresa el importe de la obligación jurídica relacional que vincula a ciertos individuos y entidades con el fin de contribuir al sostenimiento financiero de los regímenes de Seguridad Social, de acuerdo a los criterios establecidos legalmente, durante un tiempo reglamentariamente determinado, llamado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar (art. 6 RGCL) y además, específica, que la cuota es la cantidad resultante de aplicar un porcentaje, llamado tipo de cotización, sobre la base de cotización, constituida por los salarios percibidos por el trabajador, de acuerdo con las normas aplicables y deducir en su caso el importe de las bonificaciones y/o deducciones que resulten aplicables.

Existen tres sistemas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social: El sistema de autoliquidación por el sujeto responsable del ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta; el sistema de liquidación directa por la TGSS, por cada trabajador, en función de los datos de que disponga sobre los sujetos obligados a cotizar y el sistema de liquidación simplificada, que se aplicará para la determinación de las cuotas de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA o en el REM, de las cuotas de los Sistemas Especiales del Régimen General de Empleados del Hogar y para trabajadores por cuenta ajena agrarios durante la situación de inactividad, así como de las cuotas fijas del Seguro Escolar, de convenios especiales (art. 22 TRLGSS).

A este sistema de financiación a través de las cuotas es susceptible de serle aplicado dos fórmulas distintas a la hora del pago de las prestaciones a los trabajadores: la de capitalización y la de reparto.

- Por la fórmula de capitalización, cada trabajador, a semejanza de los seguros privados, va acumulando sus cotizaciones durante largos períodos de tiempo para que dicho capital más los intereses devengados permitan pagar las prestaciones que se causen. Esta fórmula se fundamenta

en el ahorro y la inversión y tiene como aspecto positivo la garantía que tiene el asegurado de percibir las prestaciones futuras al tener un crédito sobre las reservas. Sin embargo, esta fórmula tiene importantes inconvenientes, como son los riesgos que suponen las inversiones a largo plazo, la disminución de los tipos de interés, la depreciación monetaria, pero sobre todo la necesidad de crear una estructura burocrática que permita la adecuada inversión y el mantenimiento de los capitales.

- ✦ Por la fórmula de reparto, cada generación paga las prestaciones a la generación anterior, de tal manera que las cotizaciones de los trabajadores en activo sirven para sufragar las prestaciones que la Seguridad Social tenga que abonar en cada momento. Esta fórmula tiene como finalidad conseguir el equilibrio financiero entre ingresos y gastos año por año, de tal forma que lo recaudado en cada período anual se distribuye entre los beneficiarios de prestaciones en el mismo período. Su mayor inconveniente se encuentra en que los asegurados actuales no tienen garantizadas sus prestaciones, ya que las cotizaciones pagadas por ellos se utilizan para pagar prestaciones de beneficiarios distintos a ellos.

La fórmula de reparto es la que se utiliza en la Seguridad Social española (art. 110.1 TRLGSS), sin perjuicio de que actualmente las MCSS cuando tengan que hacer frente a una prestación por IP o muerte derivada de AT o EP tengan que capitalizar el importe de las mismas ante la TGSS (art. 110.3 TRLGSS y OM 4.054/2005, de 27 de diciembre, modificada por la OM 2.124/2010, de 28 de julio). Además, la fórmula de reparto no se aplica de una manera pura sino atenuada, ya que existe un Fondo de Estabilización único para el Sistema de Seguridad Social, que tiene como finalidad atender las desviaciones existentes entre gastos e ingresos (art. 110.2 TRLGSS).

A los efectos de su financiación tienen naturaleza contributiva [art. 109.3.a TRLGSS]:

- ✦ Las prestaciones económicas de la Seguridad Social, excepción hecha de las no contributivas.
- ✦ La totalidad de las prestaciones derivadas de las contingencias de AT y EP.

Se ha previsto un factor de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones del sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad. El factor de sostenibilidad se puede definir como el instrumento que de manera automática permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de una fórmula matemática que ajuste las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes (art. 211.1 TRLGSS). En este factor de sostenibilidad se tienen en cuenta dos elementos: la mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social elaboradas por la propia Administración de la Seguridad Social y la edad de sesenta y siete años como edad de referencia (art. 211.3 TRLGSS), revisándose cada cinco años la variación interanual de la esperanza de vida de la población (art. 211.5 TRLGSS).

Por otra parte, y como ya se ha apuntado, el modelo contributivo de nuestro país se financia no sólo por las cotizaciones de empresarios y trabajadores, sino también por las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en los PGE de cada año, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencias de la coyuntura. A partir de los Pactos de la Moncloa de 1977 la aportación presupuestaria en favor de la Seguridad Social ha crecido de forma vertiginosa, si bien siguen siendo superiores las aportaciones derivadas de las cotizaciones ingresadas por los sujetos obligados. En la actualidad la aportación del Estado supera el 30 por 100 de los presupuestos de la Seguridad Social, aunque existe la tendencia de ir sustituyendo progresivamente las cotizaciones por la vía impositiva, como medio básico de financiación de la Seguridad Social.

### *B) Financiación del nivel asistencial o no contributivo*

Como consecuencia de los principios de universalidad subjetiva y generalidad objetiva que inspiran este nivel del Sistema de Seguridad Social, el sostenimiento de la misma se realiza directamente mediante las aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (art. 109.2 TRLGSS), por lo que son los ciudadanos en general, independientemente de sus actividades profesionales, los que contribuyen a la viabilidad del sistema.

Este nivel asistencial o no contributivo plantea dos problemas básicos: la determinación y evaluación de los estados de necesidad y la determinación de los sujetos que se encuentren en ese estado de necesidad.

Actualmente, a efectos de financiación, tienen naturaleza no contributiva [art. 109.3.b TRLGSS]:

- ✦ Las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria, salvo los que deriven de AT y EP.
- ✦ Las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación.
- ✦ Los complementos a mínimos de las pensiones de Seguridad Social, los cuales transitoriamente y de manera paulatina hasta el 2014 se irán financiando con los recursos generales y con las aportaciones del Estado y a partir de dicho año se financiarán exclusivamente con las aportaciones del Estado (Disp. Trans. 14.<sup>a</sup>, art. 13.2 LPGE/2005).
- ✦ La prestación por maternidad en su modalidad no contributiva (art. 182 TRLGSS).
- ✦ El subsidio de desempleo y la prestación extraordinaria de desempleo.

## 2. RECURSOS FINANCIEROS

La grave situación que sufre nuestro país de 2008 ha provocado un descenso de ingresos de los recursos financieros de la Seguridad Social, al tiempo que ha motivado un incremento de gastos en la protección social lo que ha dado lugar a un desajuste de ingresos y gastos en la balanza financiera de la Seguridad Social, que junto con otros factores como el envejecimiento de la población y el imparable gasto de asistencia sanitario-farmacéutica ha puesto de permanente actualidad el futuro inmediato del sistema de pensiones, con una reforma que las actualiza, adecua y moderniza pero que también implica un endurecimiento en los requisitos para el percibo de las mismas con el consiguiente malestar social, sin que, por otra parte, parezca posible el incremento de las cotizaciones que podría agravar la situación del empleo e incrementar la economía irregular. La LAAMSS (Disp. Adic. 12.<sup>a</sup>) asume plenamente las recomendaciones del Pacto de Toledo en cuanto a la separación y clarificación de las fuentes de financiación, considerando, en consecuencia, la necesidad de compatibilizar los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones públicas. Asimismo, la LAAMSS (Disp. Adic. 11.<sup>a</sup>) ha previsto alternativas de financiación complementaria, para lo cual el MTIN, actualmente MEYSS, el MEH, actualmente Ministerio de Economía y Competitividad y los agentes económicos y sociales, examinarán en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo, la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro Sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo.

### *A) Recursos generales*

Los recursos generales para la financiación del nivel contributivo de la Seguridad Social son los siguientes (art. 109.1 TRLGSS):

- ✦ Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en el PGE, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura. Como ya se ha dicho, las aportaciones del Estado al nivel contributivo superan el 30 por 100 del presupuesto y financian en su totalidad las prestaciones de carácter universalista o



asistencial (art. 109.2 TRLGSS) y las prestaciones de asistencia sanitaria y los complementos a mínimos.

- Las cuotas de las personas obligadas, que representan más de un 60 por 100 del presupuesto del nivel contributivo (Capítulo 7). Tradicionalmente las bases y tipos de cotización se regulaban por normas reglamentarias del Ministerio de Trabajo, sin embargo, a partir del año 1992 se ha considerado más adecuada su regulación a través de una norma legal, la LPGE, al ser éstos la expresión cifrada de los ingresos previstos para el ejercicio correspondiente y las cotizaciones sociales constituyen el ingreso principal de una parte de dichos PGE: el presupuesto de la Seguridad Social.
- Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga. El denominador común de estos ingresos es que se generan por incumplimientos previos de las normas de Seguridad Social por parte de los sujetos responsables.
- Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales. Los frutos derivados de los recursos patrimoniales de la Seguridad Social se reflejan en la documentación contable como capital inmovilizado necesario para gestionar las instituciones: edificios, equipos, etc. y como patrimonio invertido para la obtención de ingresos monetarios. Las rentas e intereses del patrimonio son ingresos derivados de la inversión de beneficios cuando existe superávit en los presupuestos de la Seguridad Social y la parte de superávit no invertida queda como disponible en la cuenta única de la TGSS en el Banco de España.
- Cualesquiera otros ingresos, excepto los provenientes de ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros (Disp. Adic. 10ª TRLGSS).

### *B) Fondo de reserva de la Seguridad Social*

Además de los recursos generales, en la TGSS hay constituido un Fondo de Reserva de la Seguridad Social (art. 117 a 127 TRLGSS) con el fin de atender las necesidades futuras del Sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas. Este fondo se nutre con los excedentes de los ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo, y solamente podrá ser utilizado para el pago de prestaciones contributivas y gastos de gestión y en situaciones estructurales de déficit, como así va a ocurrir durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, en los que no resultó de aplicación el límite del 3 por 100 fijado con carácter general, fijándose como límite de disposición el equivalente al importe del déficit por operaciones no financieras previstas en los presupuestos de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (art. 1 Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social). Para los años 2015 y 2016 tampoco resultará de aplicación el límite del 3% como prevé la LPGE 2015 (Disp. Adic. 10ª).

La dotación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, según datos del MTI, actualmente MEYSS, ascendía a los 64.000 millones de euros a finales del año 2010, lo que equivale prácticamente al 6 por 100 del PIB, cantidad ciertamente importante pero totalmente insuficiente para poder cumplir con su función en una situación grave de crisis económica como la que padecemos desde 2008.

Desde un punto de vista doctrinal se plantea el problema de la diferenciación entre el Fondo de Estabilización (art. 110.2 TRLGSS y RDL 36/1978, de 16 de noviembre) y el mencionado Fondo de Reserva. Ambos Fondos tienen como denominador común el hacer frente a los desequilibrios financieros del Sistema, sin embargo, se considera que las diferencias entre los mismos obedecen al carácter transitorio o permanente de las necesidades financieras que cubren, correspondiendo al Fondo de Estabilización la cobertura de las necesidades coyunturales y al Fondo de Reserva la cobertura de las necesidades permanentes.

Los órganos de gestión, asesoramiento y seguimiento del Fondo de Reserva son los siguientes (arts. 123, 124, 125 TRLGSS):



- ✦ Comité de Gestión: está compuesto por siete miembros de la Administración, correspondiendo su presidencia al Secretario de Estado de la Seguridad Social. Este Comité tiene como funciones la de formular propuestas de ordenación, asesoramiento, selección de valores de la cartera del fondo, adquisición de activos y enajenación de los mismos y el superior control de la gestión.
- ✦ Comisión Asesora de Inversiones: está compuesta por cinco miembros de la Administración bajo la Presidencia del Secretario de Estado de Economía. Su misión consiste en seleccionar la cartera de valores del Fondo.
- ✦ Comisión de Seguimiento: está compuesta por seis representantes de la Administración, cuatro representantes de los distintos sindicatos y cuatro representantes de las organizaciones empresariales, en ambos casos de mayor implantación. Su presidencia la ostenta el Secretario de Estado de la Seguridad Social. La función que desempeña es el conocimiento de la evolución del Fondo de Reserva, a tal fin se reúne semestralmente y es informada al respecto por los otros dos organismos.

### C) *El patrimonio de la Seguridad Social*

Todos estos recursos de la Seguridad Social (cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género) constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social, que es distinto del patrimonio del Estado (art. 103 TRLGSS), cuya titularidad corresponde a la TGSS, la cual se regirá al igual que su adscripción, administración y custodia por lo establecido en la LGSS (art. 104.1 TRLGSS).

Por lo que respecta al patrimonio adscrito a las MCSS existe la obligación legal de titular e inscribir a nombre de la TGSS los bienes muebles e inmuebles de dichas Entidades, formando parte del patrimonio único de la Seguridad Social, sin perjuicio que puedan realizar los actos de conservación, disfrute y mejora que precisen (art. 3 RD 255/1980, de 1 de febrero). No obstante, los bienes incorporados a las MATEP antes del 1 de enero de 1967, o entre esta fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último caso se trate de bienes que provengan del 20 por 100 de exceso de excedentes, así como los que procedan de recursos distintos de los que tengan su origen en cuotas de Seguridad Social, constituyen el patrimonio histórico de las Mutuas, correspondiéndoles su propiedad sin perjuicio de la dirección, vigilancia y tutela del MTI, actualmente MEYSS [art. 93 TRLGSS] y de la afectación de los mismos al fin social de la MCSS sin que puedan desviarse hacia la realización de actividades mercantiles y sin que de su utilización o administración puedan derivarse beneficios de ningún tipo, que supongan la vulneración del principio de igualdad de derechos de los empresarios asociados (art. 50 RMCSS).

### D) *Inversiones*

#### a) *De las reservas del Fondo de Estabilización*

Las reservas de estabilización que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de obligaciones reglamentarias, serán invertidas de forma que se coordinen las finalidades de carácter social con la obtención del grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente preciso (art. 111 TRLGSS). Las inversiones se realizarán en las proporciones siguientes (D. 1.177/1972, de 27 de abril):

- ✦ 30 por 100 como mínimo en valores emitidos o garantizados por el Estado.
- ✦ 30 por 100 como máximo en otros fondos públicos industriales, títulos emitidos por sociedades de inversión mobiliaria o en inmuebles que ofrezcan garantías de valor y rentabilidad. Los valores industriales deben ser de renta fija y ser emitidos por empresas españolas cuya participación de capital extranjero no exceda del 50 por 100, estén admitidas a cotización oficial en Bolsa, y autorizados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

- 40 por 100 como máximo en inversiones de carácter social.

En ningún caso se computarán como inversiones a efectos de los porcentajes aludidos, los gastos de primer establecimiento, la adquisición, construcción o mejora de inmuebles, ni los de compra de material inventariable, cuando tales compras se realicen para la instalación de centros de asistencia sanitaria, servicios sociales, oficinas de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

#### b) Inversiones de las MCSS

Las inversiones de las MCSS se pueden clasificar en inversiones reales e inversiones financieras. Las primeras se refieren a la adquisición de inmuebles y bienes muebles y obras de nueva planta, necesitando la autorización del MTI, actualmente MEYSS, para contraer obligaciones con cargo a operaciones de capital por inversiones reales, salvo en aquellos supuestos en los que la cuantía no supere el importe fijado por el indicado Ministerio (art. 28 RMCSS). Las inversiones financieras, deberán efectuarse en activos financieros tales como certificados de depósito emitidos por entidades bancarias, valores públicos emitidos por el Estado, CCAA, Organismos Autónomos, Corporaciones Locales u otros Organismos y Corporaciones públicos, títulos emitidos por el Tesoro Público y valores de renta fija emitidos por entidades y sociedades españolas admitidos a negociación en Bolsa de valores. Dichas operaciones se comunicarán en el plazo de un mes desde la fecha de su realización al MTI, actualmente MEYSS y a la TGSS.

#### c) Inversiones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social

Por último, indicar que los valores en que se materialice el Fondo de Reserva serán títulos emitidos por personas jurídicas públicas (art. 122 TRLGSS). La selección de valores que han de constituir la cartera del Fondo y su enajenación se determinará por el Comité de Gestión del Fondo de Reserva y por la Comisión Asesora de Inversiones del Fondo.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. GESTIÓN DEL SISTEMA

- BALLESTER PASTOR, I.: «La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social», *TRS*, n.º 112/2000.
- «La colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social», *TRS*, n.º 114/2000.
- BARCELÓN COBEDO, S.: «Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional» >. *RDAS* n.º 9/2014.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «La gestión institucional de la Seguridad Social (un esquema necesario)», *AS*, n.º 13/2002.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; CRUZ VILLALÓN, J.; DURÁN LÓPEZ, F., y VIDA SORIA, J.: «La garantía pública de un régimen de Seguridad Social», en *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, 2006.
- D'ANJOU ANDRÉS, G., y D'ANJOU GONZÁLEZ, J.: «Gestión de la Seguridad Social (Régimen General)», en *Personal de las Entidades Locales. Su Régimen Jurídico y Gestión en el Estatuto Básico del Empleado Público*, 2009.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», *AL*, n.º 6/2008.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: «Análisis de la normativa autonómica y de las formas de gestión en ella reguladas: la organización del servicio de salud en las Comunidades Autónomas», en *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, Madrid, 2006.
- «La potestad autonómica de organización de sus servicios de salud: límites constitucionales y legales», en *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, Madrid, 2006.
- FERRERAS ALONSO, F., y PANIZO ROBLES, J. A.: «La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social. Un análisis comparado», *RL*, n.º 24/2001.
- GARCÍA MURCIA, J.: «La atormentada gestión de la Seguridad Social: a propósito de una nueva reforma reglamentaria (RD 1.041/2005)», *Derecho de los Negocios*, n.º 182/2005.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las mutuas y la gestión de la Seguridad Social*, Albacete, 2006.
- LÓPEZ INSÚA, B. M.: «Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: el nuevo papel de la mutuas en la reforma legislativa en curso». *REDT* N.º 165/2014.
- MÉNDEZ DEZA, J., y Sendín Blázquez, A.: «Impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social y jurisdicción competente», *RL*, tomo 1, 1988.
- PALOMAR OLMEIDA, A.: «El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996», *RL*, n.º 22/1997.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «La colaboración voluntaria de las empresas: modificaciones recientes en su regulación», *AS*, vol. V, Parte de estudio, 1998.
- «El nuevo régimen jurídico de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social (Ley 35/2014, de 26 de diciembre)». *RIL* N.º 1/2015
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y la Incapacidad Temporal», *RL*, n.º 14/1997.
- SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.: «Problemática actual de la colaboración de las empresas en la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria. Especial referencia al ámbito de la Comunidad de Madrid», *AS*, n.º 1/2004.
- SANZ MERINO, A. R.: «La gestión del Sistema de la Seguridad Social: gestión pública y colaboración privada en la gestión», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.

VVAA: «Cuadro comparativo de las normas afectadas por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social». *Aranzadi digital* n.º 1/2015.

## II. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Otra vuelta de tuerca a la reducción de la cuantía de las pensiones: La ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social», *IL* n.º 1/2014.

CASCAJERO SÁNCHEZ, M. A., y MUÑOZ ÁLVAREZ, G.: «La recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social. Normas de aplicación», *Diario La Ley*, 1994, tomo 1.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998», *RL*, n.º 6/2008.

CONESA ROCA, J. C., y GARRIGA CLAVET, C.: *La financiación del sistema de Seguridad Social en España: efectos dinámicos de una posible reforma*, Madrid, 2000.

DEL VALLE DE JOZ, J. I.: «La sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido», *AS*, n.º 4/2009.

DESDENTADO BONETE, A.: «Seguridad Social: reformas posibles y reformas necesarias», *Diario La Ley*, n.º 7.168, 2009, Ref. D-162.

— «Un sistema en busca de identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Social española», *REDT*, n.º 139/2008.

— «La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña. Algunos puntos de reflexión», *Diario La Ley*, n.º 6.402, 2006.

ESCUADERO DE LA HERA, J. C.: «El futuro de la Seguridad Social en la CAPV ¿su financiación a través de impuestos?», *Gaceta Tributaria del País Vasco*, n.º 9/1996.

MONASTERIO ESCUDERO, C.: «El presupuesto de la Seguridad Social para 1989, o la clarificación en materia de financiación», *Actualidad Financiera*, n.º 4/1989.

MONEREO PÉREZ, J. L.: «Los pilares fundamentales de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. Su conexión con el acuerdo político-social sobre medidas en materia de seguridad social, de 13 de julio de 2006», en *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 2008.

— «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», *RL*, n.º 24/2001.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Factor de sostenibilidad e índice de revalorización: el estado de la cuestión». *RDAS* n.º 8/2013.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «La reforma financiera de la Seguridad Social en la Ley 24/1997, de 15 de julio», *RL*, n.º 23/1997.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La configuración constitucional de la Seguridad Social», *RL*, n.º 6/2008.

SÁNCHEZ REVENGA, J.: «El Sistema de la Seguridad Social en el momento actual: una perspectiva económica financiera», *RMTAS*, n.º extraordinario, 2000.

SANZ MERINO, A. R.: «El Sistema español de Seguridad Social. Financiación del Sistema. Fuentes, recursos y sistemas financieros. Especial consideración de la cotización y breve referencia al presupuesto de la Seguridad Social», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.





## CAPÍTULO 5.

### SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ACCIÓN PROTECTORA

La acción protectora es la razón de todo el Sistema de Seguridad Social. Nuestro modelo de Seguridad Social, como se ha visto en capítulos anteriores, se caracteriza por su carácter mixto, a pesar de que el artículo 41 CE preconiza como principios básicos del sistema la universalidad subjetiva y la generalidad objetiva. Sin embargo, la universalidad del sistema se ve limitada por condicionamientos subjetivos y objetivos hasta el punto de que por parte del TC se le haya considerado como un modelo teórico, perfectamente compatible con un modelo basado en unas contingencias previamente determinadas que al materializarse en un daño dan lugar a las prestaciones. Por otro lado, la acción protectora se encuentra condicionada por las posibilidades económicas del sistema y por las opciones políticas de los Gobiernos de turno.

Atendiendo a estas características híbridas de nuestro Sistema de Seguridad Social se puede afirmar que la acción protectora del sistema no es uniforme. Las prestaciones varían en función del nivel, ya sea contributivo o asistencial, siendo estas últimas generales para el sistema, mientras que las del nivel contributivo dependen de cada uno de los regímenes de Seguridad Social. Tampoco hay uniformidad en cuanto a las contingencias protegidas, estableciéndose importantes diferencias entre las contingencias comunes y las profesionales.

Además de por la falta de uniformidad nuestro modelo de Seguridad Social se caracteriza por su complejidad, ya que existen distintos niveles de protección: un nivel público mínimo y obligatorio; un nivel complementario interno (asistencia social y servicios sociales) y un nivel complementario externo, constituido por las mejoras voluntarias (art. 43 TRLGSS), los Fondos y Planes de Pensiones, las Mutualidades de previsión Social, los contratos de seguros colectivos y la asistencia social externa a la Seguridad Social, como es la protección a la dependencia.

En el presente capítulo se van a estudiar los conceptos básicos de la acción protectora, como son las nociones de contingencias, estados de necesidad y prestaciones. Para pasar a continuación al estudio pormenorizado de las contingencias, haciendo especial referencia a las contingencias comunes y profesionales, y dentro de estas últimas se estudiarán las nociones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional.

Por último, se estudiarán desde una perspectiva genérica las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, distinguiendo entre las prestaciones de nivel contributivo y las correspondientes al nivel asistencial, para seguir con el estudio de los requisitos exigidos para poder disfrutar de las prestaciones encuadradas en uno o en otro nivel de protección. Todas estas prestaciones tienen un régimen de garantías con el objeto de protegerlas frente a los actos de disposición de los propios beneficiarios, de terceros o de

la propia Administración de la Seguridad Social y para concluir el tema se abordará el estudio del régimen de compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social, aunque en nuestro derecho positivo no exista una regulación general sobre las mismas, sino más bien un régimen diversificado que atiende a las características singulares de cada prestación.

## I. CONCEPTOS BÁSICOS

En nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social, la acción protectora se encuentra regulada en el Capítulo IV del Título I (arts. 42 al 62 TRLGSS). En una primera aproximación genérica se puede definir la acción protectora de la Seguridad Social como el conjunto de prestaciones que un Sistema de Seguridad Social otorga a los colectivos protegidos.

Desde un punto de vista jurídico, la acción protectora es aquella relación jurídica instrumental de Seguridad Social, en virtud de la cual un sujeto (entidad gestora o colaboradora) satisface las prestaciones determinadas legalmente a otro sujeto (beneficiario) a fin de paliar la situación de necesidad de éste.

De una manera descriptiva, la doctrina suele conceptualizar la acción protectora como el modo en que quedan ordenadas las técnicas específicas de protección —prestaciones— previstas por cada Régimen del Sistema de Seguridad Social, para atender las situaciones de necesidad social definidas previamente a favor de los sujetos incluidos en el sistema —sujetos protegidos— y que derivan de una actualización de los riesgos o contingencias cubiertas o aseguradas.

De estas definiciones se desprenden los conceptos básicos de la acción protectora: las contingencias, la situación o estado de necesidad, el hecho causante y las prestaciones.

- ✦ Las contingencias. Son aquellos hechos previsible a modo de riesgo, pero inciertos, que se producen o pueden producirse con independencia de la voluntad del sujeto protegido, generándole un estado o situación de necesidad en caso de producirse. Tal sucede, por ejemplo, con el accidente de trabajo, la enfermedad, la maternidad, las cargas familiares o la muerte.
- ✦ La situación o estado de necesidad. Deriva del exceso de gastos o pérdida de ingresos en cuanto daño provocado por la materialización de la contingencia (por ejemplo, los gastos y pérdida de ingresos que provoca una IP). En nuestro Sistema de Seguridad Social prima la noción de situación o estado de necesidad frente a la noción de riesgo protegido (SSTC 103/1983 y 239/2002). La situación de necesidad se presume *iuris et de iure* en el nivel contributivo y es necesaria su acreditación en el nivel no contributivo.
- ✦ El hecho causante. Se identifica con la plasmación real de la contingencia, es decir, cuando el riesgo que la misma comporta se produce efectivamente (por ejemplo, la alteración de la salud que genera una IT).
- ✦ Las prestaciones. Constituyen el mecanismo protector a través del cual la Seguridad Social hace frente al daño causado al sujeto protegido y del que deriva para el mismo una situación de necesidad contemplada por ese Sistema. Estas prestaciones no cubren en su totalidad el daño causado, por cuanto la base de su cálculo tiene unos límites que se estudiarán al tratar cada una de las prestaciones.

## II. CONTINGENCIAS PROTEGIDAS

Las contingencias protegidas en cuanto hechos previsible, pero inciertos, independientes de la voluntad del sujeto protegido y que le generan un estado de necesidad en caso de producirse, han ido cambiando a lo largo del tiempo en función de la disponibilidad presupuestaria y la orientación político-social de la acción pública. Sin embargo, las normas internacionales han desempeñado un papel importante al ser un referente de estabilidad a la protección pública del Sistema de Seguridad Social.

La doctrina científica suele referirse al Convenio número 102 de la OIT de 1952, como el estándar mínimo de la acción protectora que deben dispensar los Sistemas de Seguridad Social, ya que establece para los Estados que lo ratifiquen (España el 29-6-1988) la obligación de recoger en su ordenamiento un número determinado y mínimo de prestaciones dirigidas a la reparación de las correspondientes contingencias protegidas. Este Convenio, como todos los de la OIT, tiene un marcado carácter programático y no se le puede considerar como muy ambicioso desde la óptica de la protección social actual, ya que de las nueve prestaciones previstas en el mismo a los Estados firmantes les basta con reconocer al menos tres para cumplir sus obligaciones. A título de ejemplo, las nueve prestaciones a que se refiere el Convenio son las siguientes: asistencia sanitaria; prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de supervivientes. A pesar de la crítica que se ha hecho del Convenio, es justo reseñar también, como aspectos positivos del mismo, la homogeneización que ha supuesto de las legislaciones de los países que lo han ratificado, consiguiendo establecer un sustrato de mínima cobertura.

Además del Convenio número 102 de la OIT se debe mencionar, como estándar mínimo de la acción protectora, el Código Europeo de Seguridad Social de 16 de abril de 1964, ratificado por España el 17 de marzo de 1995, que ha venido a mejorar el sustrato mínimo del Convenio en cuanto que amplía las obligaciones de los Estados firmantes al garantizar, como opción mínima, el reconocimiento de al menos seis de las prestaciones establecidas en el Código, las cuales en su conjunto son básicamente las mismas que las contempladas en el Convenio 102 OIT, y como opción superior el reconocimiento de ocho de los nueve regímenes de aseguramiento.

A nivel de la UE, el Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio (art. 4.1) diseña genéricamente un modelo de máxima cobertura, frente al modelo de mínima cobertura del Convenio 102 de la OIT, al señalar que el mismo se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de Seguridad Social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad y maternidad; b) las prestaciones de invalidez; c) las prestaciones de vejez; d) las prestaciones de supervivencia; e) las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; f) los subsidios de defunción; g) las prestaciones de desempleo; h) las prestaciones familiares. Este listado amplio de prestaciones se puede considerar que da cobertura a dos tipos de contingencias: las profesionales, que están directamente ligados a la actividad profesional de los individuos, como son el accidente de trabajo y la enfermedad profesional y las denominadas comunes, por no darse en ellas esa relación de causalidad, aunque las consecuencias dañosas de una y otra contingencia pueden generar idénticos estados de necesidad cuando se materializa la contingencia.

En nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social los dos tipos de contingencias: las profesionales y las comunes, tienen un tratamiento diferenciado. En el caso de las contingencias profesionales la acción protectora es de mayor amplitud, ya que existen prestaciones especializadas, indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, la existencia de períodos de observación y baja preventiva en caso de enfermedad profesional, indemnizaciones a tanto alzado por fallecimiento, criterios de cálculo de prestaciones más beneficiosos (inclusión de las horas extraordinarias en la base de cotización), etc. También se reducen los requisitos formales con respecto a las contingencias comunes, dado que rige el principio de automaticidad de las prestaciones y al trabajador accidentado se le considera en situación de alta de pleno derecho, aunque también es cierto que su aseguramiento resulta más gravoso para el empresario ya que sufraga la cotización de las mismas a su exclusivo cargo. Y, por último, las contingencias profesionales disponen de un sistema de gestión segregado, pues cabe la posibilidad de concertar su cobertura bien con el INSS o bien a través de entidades especializadas, las MCSS.

Esta diferenciación en el tratamiento de las contingencias comunes y profesionales es la causante de la gran litigiosidad sobre el evento determinante de la protección, ya que conseguir la cualificación de la contingencia como profesional permite obtener los beneficios de su protección privilegiada y, por el otro lado, las MCSS en la medida de lo posible, tratan de exonerarse de responsabilidad y trasladar el coste de

la protección al sistema público. En cualquier caso, no parece justificable la diferencia de trato entre unas contingencias y otras, dado que los estados de necesidad pueden ser idénticos para ambas. No obstante, se van a estudiar de una manera diferenciada siguiendo el modelo legislativo que rige en la actualidad.

## I. CONTINGENCIAS COMUNES

Las contingencias comunes son aquellas que no tienen ninguna relación de causalidad con el trabajo. Dentro de las contingencias comunes se pueden distinguir tres tipos: el accidente no laboral, la enfermedad común y otras contingencias distintas a las anteriores.

### A) *Accidente no laboral*

En nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social no existe un concepto legal de accidente no laboral, ya que el artículo 158 TRLGSS lo define de una manera negativa en contraposición al concepto de accidente de trabajo, al considerar que será accidente no laboral el que no tenga el carácter de accidente de trabajo.

La jurisprudencia, ante la ausencia de concepto legal, ha perfilado la noción de accidente laboral como la lesión producida por una acción súbita y violenta y de carácter externo al trabajador (STS 15-11-1999), razón por la cual se ha excluido de la consideración de accidente no laboral los infartos de miocardio o las lesiones internas (STS 30-4-1991). Sin embargo, en un principio, se había considerado como accidente no laboral a los supuestos de muerte por sobredosis y por contraer sida por parte de un drogadicto (SSTS 27-5-1998 y 22-10-1999) aunque posteriormente se les haya negado tal carácter y se les haya considerado como enfermedad común (SSTS 2-6-1994 y 2-2-1995), salvo en los supuestos que fuera contraído por personal sanitario como ocasión o por consecuencia del trabajo, en cuyo caso tendría la ocasión de accidente de trabajo.

Por su parte, el accidente no laboral tiene un tratamiento diferenciado respecto a la enfermedad común en lo que se refiere a la obtención de determinadas prestaciones, por ejemplo, no se exige período previo de cotización en el Régimen General para causar derecho a las prestaciones en caso de accidente no laboral (art. 165.4 TRLGSS), salvo en los casos de IP absoluta o gran invalidez cuando los trabajadores no estén en situación de alta o asimilada, en cuyo caso se requerirá la cotización de quince años (art. 195.4 TRLGSS). También tienen un trato diferenciado (Capítulo 10, IV) en cuanto a la manera de determinar la base reguladora de IP absoluta o gran invalidez derivada de accidente no laboral (art. 197.3 TRLGSS) y la base reguladora de las pensiones de IP derivadas de enfermedad común (art. 197.1 TRLGSS).

### B) *Enfermedad común*

La enfermedad común se puede definir como aquella alteración de la salud que no tiene la condición de accidente de trabajo ni de enfermedad profesional (art. 158.2 TRLGSS), pero que impiden al que la sufre, bien de manera temporal o permanente, llevar a cabo su actividad laboral.

De esta definición se desprenden los tres elementos característicos de la enfermedad común:

- Una alteración de la salud que le impide al trabajador prestar sus servicios laborales.
- Que esa enfermedad requiera de la atención médica del SNS y además dicha enfermedad esté comprendida en el Catálogo de prestaciones sanitarias.
- Temporalidad o permanencia de la alteración de la salud, que pueda dar lugar a una IT o a una IP o en el peor de los casos a la muerte.

### C) Otras contingencias comunes

El concepto legal de las restantes contingencias comunes será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas (art. 159 TRLGSS).

Estas otras contingencias comunes a las que se refiere el artículo 159 TRLGSS son las siguientes: la maternidad; la jubilación; el desempleo; muerte y supervivencia y las cargas familiares, además de la IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral y la IP derivada de las mismas contingencias (Capítulos 8 a 13).

## 2. CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Como ya se ha apuntado, las contingencias profesionales tienen un tratamiento diferenciado en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social y siguen conservando muchas particularidades y privilegios en cuanto a la acción protectora; reglas de financiación, aseguramiento y de responsabilidad; automatización de las prestaciones y sistema de gestión. Este tratamiento diferenciado con respecto a las contingencias comunes no tiene justificación desde la óptica del principio de igualdad y solidaridad, ya que ante riesgos idénticos existe tratamiento jurídico diferente. Sin embargo, ha sido precisamente la subsistencia de ese régimen diferenciado y privilegiado para las contingencias profesionales lo que ha generado toda una serie de modificaciones legislativas y doctrinas jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes de trabajo, como se va a ver cuando se analice el artículo 115 LGSS. Esta diferenciación ha sido la causante del proceso evolutivo de la ampliación de la noción de accidente de trabajo y su proceso de objetivación y un factor coadyuvante en la tendencia a la igualación de las contingencias.

Las situaciones de estados de necesidad protegidas derivadas de contingencias profesionales son las siguientes: IT, IP, muerte y supervivencia, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (Capítulos 8 a 10). No obstante, a continuación se estudiarán las dos contingencias profesionales típicas: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

### A) Accidente de trabajo

#### a) Concepto y notas características

El AT aparece definido en nuestra legislación como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo, que ejecute por cuenta ajena (art. 156.1 TRLGSS).

Esta noción legal proviene de la primera disposición legal de nuestro ordenamiento jurídico en materia de Seguridad Social (Ley de 30 de enero de 1900) que posteriormente pasó al Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se refundió la legislación de accidentes de trabajo vigente hasta ese momento y que actualmente continúa en vigor en determinados aspectos.

De la noción legal de AT se desprenden las siguientes notas características:

#### a') Existencia de lesión corporal

El AT presupone la existencia de un daño corporal, por lo que si no existe daño no existe accidente. Este daño corporal puede haber sido provocado por una acción súbita, violenta, externa y ajena a la intencionalidad de quien la sufre y también por una acción lenta y progresiva, típica de las enfermedades contraídas con motivo de la realización del trabajo y directamente relacionadas con el mismo [STS 17-6-1903 y 156.2.e) TRLGSS], salvo que dicha enfermedad se encuentre listada como profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de tal (art. 157 TRLGSS).



Por lesión corporal debe entenderse no solamente las lesiones físicas provocadas por agentes externos (heridas, golpes), sino también por agentes internos (enfermedades cardiovasculares), y las lesiones psíquicas y psicosomáticas, como el acoso laboral (STSJ Navarra 30-4-2001). En estos últimos casos, la jurisprudencia ha sido extensiva a la hora de determinar la causalidad con el trabajo, basándose en la presunción de tiempo y de lugar (SSTS 11-6-2007, 27-9-2007 y 4-10-2012 que considera accidente del trabajo el infarto ocurrido en el vestuario de la empresa), lo que implica una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que la parte que considere que la lesión no tiene origen en el trabajo tendrá que demostrar la inexistencia de la relación de causalidad y, por el contrario, para las lesiones que se produzcan fuera del tiempo y lugar de trabajo deberá ser el trabajador el que tenga que probar que la causa de la lesión tiene su origen en el trabajo y no en otras circunstancias (SSTS 30-5-2003 y 16-7-2004).

La presunción de tiempo y lugar como elemento determinante para calificar una lesión como accidente de trabajo o no, está generando ciertos problemas en la práctica judicial por las dificultades probatorias, ya que si bien es cierto que algunas lesiones pueden originarse durante el tiempo y el lugar del trabajo, su exteriorización puede hacerse fuera de los mismos y viceversa, por lo que la casuística es variadísima y con soluciones judiciales diferentes, lo que impide acotar perfectamente las sentencias de contraste en los recursos de unificación de doctrina.

Sin embargo, no tienen la consideración de accidente *in itinere* los ocasionados por ocasión de gestiones personales del trabajador, tales como gestiones de tipo tributario o visitas médicas (STS 15-4-2013) debido precisamente a su carácter privado sin relación alguna con el trabajo.

#### b') Trabajo por cuenta ajena

Tradicionalmente el AT se ha venido considerando como una contingencia propia del Régimen General y vinculada al trabajo que se presta en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 ET. Sin embargo, este concepto se ha ido extendiendo a las regulaciones de todos los Regímenes Especiales que agrupan a esta clase de trabajadores, salvo empleados de hogar (art. 22.3 DREEH), aunque esta excepción ha dejado de tener virtualidad a partir del 1 de julio de 2012 al transformarse dicho Régimen Especial en un Sistema Especial dentro del Régimen General (Disp. Adic. 39.<sup>a</sup> LAAMSS). También se ha extendido la protección de esta contingencia a trabajadores que no presten sus servicios en régimen de dependencia y ajeneidad, como son los trabajadores autónomos que voluntariamente quieran tener la cobertura de las contingencias profesionales (316 TRLGSS y art. 3.2 RD 1.273/2003) y los denominados trabajadores autónomos dependientes, cuya cobertura es obligatoria y a su exclusivo cargo (art. 317 TRLGSS y art. 26.3 LETA).

A los efectos de la protección derivada de AT se considerarán como trabajadores por cuenta ajena: el personal de alta dirección; los penados en régimen de trabajo en instituciones penitenciarias; las prestaciones personales obligatorias aunque estén excluidas de relación laboral [art. 1.3.b) ET y RD 2.765/1976, de 12 de noviembre]; los emigrantes respecto de los accidentes que sufran durante los viajes de ida y regreso promovidos por el MEYSS y los trabajadores extranjeros sin autorización administrativa para trabajar (art. 36.3 LOEX y Convenio 19 OIT).

En el caso de pluriempleo, la situación de AT se considerará para los dos empleos, aunque el accidente se haya producido en uno de ellos, dado que la contingencia y el estado de necesidad subsiguiente no pueden ser objeto de fragmentación, por lo que responderán las dos entidades colaboradoras (STS 22-7-1998), más dudas genera la situación de pluriactividad, ya que si el empleo en cada Régimen de Seguridad Social tiene cubierta la contingencia por AT, se están generando dos prestaciones distintas y no parece lógico que una entidad colaboradora tenga que asumir la contingencia por un estado de necesidad cuya cobertura corresponde a otra entidad colaboradora.



c') Relación de causalidad entre trabajo y lesión

La lesión corporal debe ser con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena, es decir, que exista una relación de causa-efecto entre el trabajo y la lesión.

La expresión «con ocasión» hace referencia al AT impropio o de causalidad indirecta (STS 27-2-2008), es decir cuando no ha tenido como causa directa e inmediata el trabajo por cuenta ajena, pero se ha producido por la existencia de actos íntimamente ligados con la relación laboral, y que sin ésta no hubiese existido la actualización del riesgo profesional, pensemos en el accidente *in itinere*, por ejemplo.

Por su parte, la expresión «por consecuencia» está haciendo referencia al AT propiamente dicho, ya que la lesión corporal tiene su causa directa en la actividad laboral que se realiza. Por ejemplo, la amputación de las falanges de un dedo de la mano por una prensa.

Como ya se ha dicho, la jurisprudencia ha sido extensiva a la hora de determinar la causalidad con el trabajo, basándose en la presunción de tiempo y de lugar (SSTS 11-6-2007, 27-9-2007 y 4-10-2012, que considera accidente de trabajo el infarto ocurrido en el vestuario de la empresa), lo que implica una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que la parte que considere que la lesión no tiene origen en el trabajo tendrá que demostrar la inexistencia de la relación de causalidad y, por el contrario, para las lesiones que se produzcan fuera del tiempo y lugar de trabajo deberá ser el trabajador el que tenga que probar que la causa de la lesión tiene su origen en el trabajo y no en otras circunstancias (SSTS 30-5-2003 y 16-7-2004).

b) Extensión del concepto de accidente de trabajo

La existencia de un tratamiento diferenciado y privilegiado de las contingencias profesionales respecto a las comunes es lo que ha provocado toda una serie de modificaciones legislativas y doctrinas jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes de trabajo, como se va a ver a continuación.

El artículo 156.2 y 5 TRLGSS ha ampliado la noción de AT a los siguientes supuestos:

a') Accidentes *in itinere*

Entendiendo por tales los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. La jurisprudencia en esta materia es variadísima, pero la doctrina ha reconducido la casuística al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Teleológico: el desplazamiento debe estar motivado únicamente por el trabajo, incluyéndose dentro del mismo los desplazamientos para ir a cobrar el salario o recibir asistencia sanitaria en un centro médico, pero no los desplazamientos para ir a recoger el finiquito o gestionar asuntos personales.
- Cronológico: el accidente debe producirse en un tiempo próximo a las horas de entrada o salida del trabajo, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, como son el domicilio del trabajador, el medio de transporte utilizado etc. y evitando las desviaciones del trayecto por motivos personales que aumenten el riesgo de accidente.
- Topográfico: el accidente debe ocurrir en el camino de ida o de vuelta entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo, teniendo en cuenta que el desplazamiento se inicia al salir del domicilio y finaliza al llegar al mismo.
- Mecánico: el medio de transporte ha de ser el normal y el más adecuado, sin que entrañe riesgo grave e inminente.

*b'*) Los ocurridos por el ejercicio de actividades representativas

Tendrán la consideración de AT los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

Dentro de los cargos electivos sindicales deben incluirse la representación unitaria (delegados de personal y miembros de Comité de Empresa) y los miembros de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, aunque también se debe incluir a los representantes sindicales de la empresa (delegados sindicales) dado que tienen competencias para el ejercicio de la actividad sindical (art. 10.1 y 3 LOLS).

*c'*) Los ocurridos por la realización de trabajos de distinta categoría profesional

Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. La relación de causalidad existe aunque las órdenes del empresario fueran inexigibles de acuerdo con lo pactado en el contrato de trabajo.

*d'*) Los ocurridos por actos de salvamento

Estos actos de salvamento y otros de naturaleza análoga han de tener relación con el trabajo y pueden ser ordenados por el propio empresario o por propia iniciativa del trabajador, ya sean en la propia empresa o dentro del ámbito de otra empresa.

*e'*) Las enfermedades que no tengan la calificación de profesionales causadas por el trabajo

Para que estas enfermedades tengan la consideración de AT se tienen que dar tres requisitos: que no estén incluidas en la lista de enfermedades profesionales (art. 157 TRLGSS); que la contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y que se pruebe que la única causa de la enfermedad es la ejecución del mismo.

*f'*) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente

Se trata de enfermedades originarias o sobrevenidas al trabajador pero, en todo caso, anteriores al momento de acaecer el AT y que se agraven como consecuencia del mismo.

*g'*) Las enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

A diferencia del supuesto anterior, la enfermedad le acaece al trabajador como consecuencia del mismo proceso patológico ocasionado por el accidente, como pudieran ser las infecciones contraídas en el centro médico en el que se le están tratando las lesiones corporales sufridas por el AT.

*h'*) La imprudencia profesional del trabajador

Entendiendo por imprudencia profesional la imprudencia simple o con infracción de reglamentos que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira. Por el contrario, la imprudencia temeraria o dolo del trabajador accidentado no tendrían la consideración de AT. Alguna sentencia admite el suicidio del trabajador como AT cuando está causado por el trabajo (STSJ Castilla-León 12-9-1997; STSJ Cataluña 30-5-2001; STS 4-12-2012) o por una situación de conflictividad con la empresa que ocasiona al trabajador una baja por ansiedad, antes del fatal desenlace (STS 5-12-2112).

*i'*) Los actos de terceros

Los daños causados al trabajador como consecuencia de actos culpables en vía civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, tendrán la consideración de AT, salvo que no guarden relación alguna con el trabajo.

*c)* Exclusiones del concepto de accidente de trabajo

El artículo 156.4 TRLGSS determina que no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

a') Los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo

Será fuerza mayor extraña al trabajo aquella que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. Sin embargo, no se considerará extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza, por lo que en cierta manera estas excepciones han venido a dejar vacía de contenido el concepto de fuerza mayor extraña al trabajo.

En todo caso la fuerza mayor puede definirse como aquel suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable (art. 1.105 CC), pero ajeno a la empresa, mientras que el caso fortuito es el suceso imprevisto o que siendo previsto fuera inevitable, pero inherente a la empresa, razón por la cual sí tiene la consideración de accidente de trabajo.

b') Los actos dolosos o con imprudencia temeraria del trabajador accidentado

El dolo implica la voluntariedad del trabajador en provocarse asimismo la lesión con el objeto de percibir la prestación, salvo en el caso del suicidio que como ya se ha visto, puede tener la consideración de AT si tiene conexión con el trabajo.

Por su parte, la imprudencia temeraria implica la asunción de un riesgo innecesario de manera consciente de gravedad extraordinaria y no justificada que rompe el nexo causal entre la lesión y el trabajo. El concepto de imprudencia temeraria difiere en los ámbitos laboral y penal, debiéndose interpretar de una manera restrictiva, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. No obstante, a título de ejemplo, se ha negado la condición de AT al accidente de tráfico de una motocicleta que se salta un semáforo en rojo (STS 10-9-2007) o por circular en dirección prohibida (STS 22-1-2008).

## B) *Enfermedad profesional*

a) Concepto y notas características

En nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social la EP no ha tenido un tratamiento diferenciado del accidente de trabajo hasta el D. 10 de enero de 1947, en que por primera vez se la define como aquellas enfermedades producidas a consecuencia del trabajo que tienen una evolución lenta y progresiva y que ocasionen al trabajador una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o incluso la muerte. Asimismo el citado Decreto estableció un cuadro de enfermedades profesionales anexo al mismo.

Posteriormente el D. 13 de abril de 1961 recogió una lista cerrada de enfermedades profesionales, criterio que se mantendría en el RD 1.995/1978, de 12 de mayo, que lo derogó y que constituyó la normativa vigente durante más de veinticinco años, hasta que fue derogado, a su vez, por el RD 1.299/2006, de 10 de noviembre, que contiene el cuadro vigente de EP, que entró en vigor el 1 de enero de 2007, adecuando la lista de EP de nuestro derecho de Seguridad Social a la Recomendación 2003/670/CE, de 19 de septiembre de 2003, de la Comisión de la UE.

Actualmente, se puede definir la EP como la contraída a consecuencia del trabajo por cuenta ajena, en las actividades que se especifiquen en el cuadro de EP y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional (art. 157 TRLGSS).

Este concepto de EP es mucho más estricto que el de AT, ya que la relación de causalidad se limita a unas actividades concretas productoras de una determinada enfermedad y que además se encuentre incluida dentro del cuadro de EP, de tal forma que la enfermedad que no se encuentre dentro del cuadro vigente de EP no tiene la consideración de tal, lo cual tiene la ventaja de la seguridad jurídica respecto de las que están, pero el inconveniente de no incluir algunas patologías derivadas del trabajo y que no figuren en el cuadro.

Del concepto legal de EP se desprenden las siguientes notas características:

- Se deriva del trabajo por cuenta ajena o asimilado.
- El agente productor debe ser un elemento o sustancia específica.
- La enfermedad debe surgir al realizar el trabajador una actividad concreta, y estar en el cuadro legal.
- Debe existir un nexo causal entre el trabajo que se efectúe y el elemento específico que produzca la EP, por lo que existe una presunción *iuris et de iure* de la existencia de la enfermedad profesional. Por ejemplo, la aspiración de polvo de sílice (sustancia específica) en los trabajos de minería (actividad concreta) provoca la silicosis (EP de tipo pulmonar incluida en el cuadro).

#### b) El cuadro de enfermedades profesionales y la lista de actividades que pueden producirlas

Como ya se ha dicho, el cuadro vigente de EP se contiene en el RD 1.299/2006, de 10 de noviembre, el cual dispone de dos Anexos, en el Anexo I figuran las actuales EP y en el Anexo II, las enfermedades que debido a su origen y carácter profesional podrían establecerse en el futuro.

En el Anexo I se recogen seis grupos de enfermedades profesionales:

- Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos, por ejemplo, metaloides (antimonio y derivados) en actividades como extracción de minerales que contienen antimonio, fabricación de barnices y pinturas, fabricación y uso en la industria del caucho, fabricación de explosivos, y halógenos (bromo, cloro, yodo, fluor, etc.) utilizados en industria fotográfica, desinfección del agua, industria alimenticia, etc.
- Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos, por ejemplo, hipocausia o sordera provocada por el ruido en trabajos de calderería, de telares de lanzadera batiente, salas de máquinas en navío, tráfico aéreo, etc. Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos, tales como bursitis, enfermedades del hombro, del codo, muñeca y mano.
- Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos, por ejemplo, enfermedades infecciosas o parasitarias causadas por animales, sus productos o cadáveres, en actividades agrícolas, ganaderas, matarifes.
- Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados, por ejemplo, la silicosis por el trabajo en minas, neumoconiosis de los mineros del carbón, asbestosis por la manipulación de amianto.
- Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.
- Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos, por ejemplo, el amianto, por aminas aromáticas, por el arsénico y sus compuestos, por el benceno, berilio, cadmio.

En el Anexo II figura una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de EP podría contemplarse en el futuro. Estas enfermedades se agrupan de idéntica manera que las del Anexo I, es decir, en los mismos seis apartados, en los que se especifican cuarenta enfermedades.

El procedimiento para la inclusión en el cuadro de EP de otras nuevas (art. 157 TRLGSS) se realizará por el MEYSS y requerirá el informe previo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El informe científico que soporte la propuesta de modificación deberá ser realizado por una comisión técnica conjunta de ambos Ministerios (art. 2 RD 1.299/2006).

#### c) Calificación de las enfermedades profesionales

La calificación de las enfermedades como profesionales corresponde a la Entidad Gestora respectiva, sin perjuicio de su tramitación como tales por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales (RD 1.300/1995, de 21 de julio).

Corresponde también a la Entidad Gestora la determinación del carácter profesional de la enfermedad respecto de los trabajadores que no se encuentren en situación de alta.

No obstante, cuando los facultativos del SNS, con ocasión de sus actuaciones profesionales, tuvieran conocimiento de la existencia de una enfermedad de las incluidas en el Anexo I que podría ser calificada como profesional, o bien de las recogidas en el Anexo II, y cuyo origen profesional se sospecha, lo comunicarán a los oportunos efectos, a través del organismo competente de cada CA, a la Entidad Gestora, a los efectos de su calificación como tal y, en su caso, a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales. Igual comunicación deberán realizar los facultativos del servicio de prevención, en su caso.

Por su parte, la Entidad Gestora o colaboradora tienen la obligación de elaborar el parte de EP, debiendo la empresa facilitarle la información que obre en su poder y que se le requiera para la elaboración del parte (art. 4 RD 1.299/2006 y O. TAS/1/2007, de 2 de enero).

#### d) Obligatoriedad de reconocimientos médicos a cargo de las empresas

Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de EP están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan (art. 243.1 TRLGSS).

Estos reconocimientos médicos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, al cual se le abonará los gastos de desplazamiento que se hubieren devengado y la totalidad del salario que por causa de los mismos pueda dejar de percibir (art. 243.2 TRLGSS).

Además, las empresas están obligadas a no contratar a los trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo con riesgo de EP e igual prohibición se establece respecto a los trabajadores que en los reconocimientos médicos periódicos no mantengan la declaración de aptitud (art. 243.3 TRLGSS).

No obstante, cuando los trabajadores a los que se les haya diagnosticado una EP, sean trasladados a un puesto de trabajo alternativo y compatible con su estado de salud, con objeto de interrumpir la desfavorable evolución de su enfermedad, las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes serán objeto de una reducción del 50 por 100 (art. 5.1 RD 1.430/2009). La constatación de la compatibilidad del nuevo puesto de trabajo con el estado de salud del trabajador se efectuará por la ITSS (art. 5.2 RD 1.430/2009).

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de EP, tanto si la empresa estuviera asociada a una MCSS, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora (art. 244.2 TRLGSS).

#### e) Obligaciones de las entidades gestoras y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

Las entidades gestoras y las MCSS están obligadas, antes de tomar a su cargo la protección por AT y EP a conocer el certificado del reconocimiento médico previo de aquellos trabajadores que vayan a ocupar puestos de trabajo con riesgo de EP, así como los resultados de los reconocimientos médicos periódicos (art. 244.1 TRLGSS).

El incumplimiento por las MCSS de las obligaciones antes expuestas les hará incurrir en las siguientes responsabilidades:

- Obligación de ingresar a favor de los fines generales de prevención y -rehabilitación el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100 por 100 de dicho importe.



- Obligación de ingresar, con el mismo destino, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, por la no realización de los reconocimientos médicos previos o periódicos, incluyendo el recargo de prestaciones económicas.
- Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión.

### III. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La doctrina científica define las prestaciones del Sistema de Seguridad Social como el conjunto de medidas técnicas o económicas que pone en funcionamiento el propio sistema para prever, reparar o superar los estados de necesidad derivados de la actualización de ciertas contingencias.

La acción protectora parte, pues, de la existencia de unas ciertas contingencias protegidas por el Sistema y que dan lugar a estados de necesidad cuando se materializan en un daño ya sea para el sujeto causante o sus beneficiarios.

#### I. CLASES DE PRESTACIONES

En nuestro Sistema de Seguridad Social se pueden distinguir dos clases de prestaciones atendiendo a su carácter contributivo o asistencial y dentro de cada uno de estos dos grupos, a su vez, existen distintas prestaciones.

No obstante, y a pesar de su carácter mixto, la acción protectora del Sistema de Seguridad Social está lejos de atender y cubrir todos los estados de necesidad, ya que básicamente sigue la línea tradicional de las prestaciones económicas, de vital importancia, pero ignora las nuevas demandas de prestaciones de servicios (ayuda a la dependencia, mujeres maltratadas, infancia) y preventivas (actualmente reducidas a la protección de la salud y el empleo) que se han dejado al albur de las CCAA perdiendo protagonismo en la Seguridad Social, como ocurre con las prestaciones correspondientes a las situaciones de dependencia (Ley 39/2006) que no están incluidas dentro del Sistema de Seguridad Social, ni en el nivel contributivo ni en el asistencial, sino que se insertan dentro de los servicios sociales externos al sistema y que son gestionados por las CCAA, lo cual no deja de ser criticable.

#### A) Prestaciones contributivas

Desde un punto de vista didáctico, un sector doctrinal clasifica las prestaciones de Seguridad Social de carácter contributivo, en función de distintos aspectos:

- Atendiendo a las contingencias desencadenantes del estado de necesidad: en comunes y profesionales.
- Atendiendo a la naturaleza: prestaciones económicas (en dinero) y en especie (asistencia sanitaria). Las económicas, a su vez, pueden ser de carácter periódico o vitalicio (pensiones), de carácter temporal (subsídios) o cantidades a tanto alzado pagaderas de una sola vez (indemnizaciones).
- Atendiendo a su forma de pago: de tracto único (indemnización) o periódico (pensiones y subsidios).
- Directas e indirectas: las primeras suponen el abono de una cantidad sustitutiva del salario. Las indirectas suponen, además, el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social, asistencia a cursos formativos, etc.

Las distintas prestaciones de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social se encuentran recogidas en el artículo 42 TRLGSS. No obstante, ahora solamente se va a enumerar las de carácter contributivo atendiendo a la estructuración del presente epígrafe:

- ✦ Asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.
- ✦ La recuperación profesional en cualquiera de los casos citados anteriormente.
- ✦ Prestaciones económicas en las situaciones de IT; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; jubilación; IP en su modalidad contributiva; desempleo en su nivel contributivo; muerte y supervivencia, así como las que se otorguen reglamentariamente.
- ✦ Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva.
- ✦ Servicios Sociales.
- ✦ Asistencia Social.

### *B) Prestaciones no contributivas*

La protección no contributiva en el marco de la Seguridad Social se ha ido desarrollando en España de una manera paulatina, a partir de la década de los ochenta del siglo xx. La financiación de estas prestaciones se ha llevado a cabo a través de las correspondientes LPGE, y son las siguientes:

- ✦ Asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos. El artículo 43 CE consagra el derecho a la protección de la salud de todos los ciudadanos, y el RD 1.088/1989 extendió la prestación a todas las personas sin recursos económicos suficientes, aunque esta universalidad se haya visto limitada, actualmente, para aquellas personas que ostenten la condición de asegurado (art. 3.1 LSNS según redacción dada por el art. 1.Uno RDL-MURSSNS), lo cual no deja de ser criticable.
- ✦ Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. Se implantaron por la LPNC, y consisten en pensiones de invalidez, jubilación y las prestaciones familiares de carácter económico.
- ✦ Protección por desempleo de nivel asistencial y ayuda económica de acompañamiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación de desempleo.
- ✦ Protección de los discapacitados. Esta protección asistencial se configuró a través de la LISM y comprende la asistencia médica y farmacéutica; un subsidio de garantía de ingresos mínimos para los que carezcan de medios económicos y no perciban prestaciones económicas del Estado, Corporaciones Locales o Seguridad Social; un subsidio de ayuda de tercera persona para los que tengan una discapacidad superior al 65 por 100, y necesiten la ayuda de una tercera persona para hacer los actos más esenciales de la vida, y por último, un subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.
- ✦ Protección asistencial de los emigrantes. Se implantaron por RD 728/1993, de 14 de mayo, y consisten en pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España que hayan cumplido 65 años y carezcan de rentas o ingresos suficientes. La cuantía máxima de la pensión no podrá superar la establecida para la pensión de jubilación no contributiva. Estas pensiones serán gestionadas por las Consejerías de Trabajo existentes en las distintas Embajadas de España.
- ✦ Ayudas para las víctimas de la violencia de género. Fueron establecidas por la LOVG, y consisten en una ayuda equivalente a seis meses de subsidio de desempleo, salvo cuando la víctima de la violencia de género tuviera responsabilidades familiares, que será de doce meses o dieciocho meses, según tenga un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el 2.º grado, o menor acogido o dos o más familiares o menores acogidos. Asimismo, el importe de la ayuda se incrementará cuando la víctima de la violencia de género tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, en cuyo caso, la ayuda será de doce meses de subsidio si no tuviera responsabilidades familiares dieciocho meses si tuviera un familiar o menor acogido a su cargo, y veinticuatro meses si tuviera dos o más familiares a su cargo. Por otra parte,

si la víctima de la violencia de género tuviera a su cargo un familiar o menor acogido con una discapacidad reconocida igual o superior al 33 por 100, la ayuda consistirá en dieciocho meses o veinticuatro meses si tuviera a cargo a dos o más familiares o menores acogidos a su cargo.

- ✦ Asistencia Social.

## 2. REQUISITOS DE LAS PRESTACIONES

Los requisitos genéricos para el percibo de las prestaciones de la Seguridad Social, dado que los específicos de cada prestación se abordarán en temas sucesivos, son los siguientes:

- ✦ Solicitud del beneficiario dirigida a las entidades gestoras o colaboradoras instando a que se le reconozca el derecho a las mismas, siendo el plazo de prescripción de cinco años.
- ✦ Reconocimiento por parte de la entidad gestora o colaboradora al percibo de la prestación.

### A) Requisitos para el percibo de las prestaciones contributivas

Son necesarios dos requisitos, además de los genéricos ya expuestos (art. 165.1 y 2 TRLGSS):

- ✦ Estar afiliado y en alta en el RG de la Seguridad Social o en situación asimilada al alta (requisito exigible, también, en los RREE de la Seguridad Social).
- ✦ Tener cubiertos los períodos de cotización establecidos legalmente para cada contingencia.

No obstante, si el trabajador es el responsable del ingreso de las cotizaciones, como ocurre en el RETA, además debe estar al corriente en el pago de las cuotas para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, aunque la prestación sea reconocida como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena (47.1 TRLGSS).

#### a) Afiliación y alta en el Sistema de Seguridad Social

Esta exigencia de afiliación y alta se ha suavizado al no ser ya preceptiva si se reúne un mínimo de cotización previa (quince años) para las prestaciones de jubilación; IP y muerte y supervivencia (arts. 205.3, 195.4, 219.1 y 224.1 TRLGSS).

Tampoco se exige la afiliación y alta para las prestaciones de AT y EP y desempleo, ya que para estas contingencias el trabajador se considera de pleno derecho en situación de alta, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Este mismo criterio se aplica a los efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 166.4 TRLGSS).

Asimismo, tampoco se exige la afiliación y alta en los supuestos de situaciones asimiladas al alta. Se encuentran en situación asimilada al alta los siguientes trabajadores (art. 166 TRLGSS):

- ✦ Trabajadores en situación de desempleo total, mientras perciban la prestación.
- ✦ Trabajadores durante el período de vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
- ✦ Trabajadores en situación de excedencia forzosa.
- ✦ Trabajadores trasladados por la empresa fuera del territorio nacional.
- ✦ Trabajadores que hayan suscrito un Convenio Especial con la TGSS.
- ✦ Trabajadores durante las situaciones de huelga y cierre patronal.

Además de estos supuestos de situaciones asimiladas al alta, por vía reglamentaria (art. 36 RIAAB) se han añadido otros supuestos:

- ✦ Trabajadores que se encuentren en situación de paro involuntario una vez agotada la prestación, ya sea contributiva o asistencial, y se encuentren inscritos como demandantes de empleo.

- Trabajadores durante los períodos de prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 1977.
- Trabajadores que se encuentren en períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
- Trabajadores en situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puestos de trabajo (Disp. Adic. 4.ª RD 925/2009).
- Para los colectivos de artistas y profesionales taurinos, los días que resulten cotizados tendrán la consideración de asimilados al alta aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- A los efectos de asistencia sanitaria se encuentran en situación de alta los trabajadores que hayan estado dados de alta un mínimo de noventa días dentro de los trescientos sesenta días inmediatamente anteriores al de la baja (art. 6 D. 2.766/1967, según redacción dada por D. 3.313/1970).
- A los efectos de la asistencia sanitaria se encuentran en situación de alta los trabajadores despedidos que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción laboral demanda por despido improcedente o nulo.
- Trabajadores del RETA durante los noventa días siguientes al último día del mes en que se produjo su baja.

Cada uno de estos supuestos de situación asimilada al alta es contemplado normativamente de manera particularizada, de tal manera que la asimilación sólo funciona respecto a las contingencias que expresamente se determinan. En el supuesto de que no se especifique ninguna contingencia operara para todas.

#### b) Períodos de cotización previa

Son aquellos períodos de cotización exigidos para causar derecho a las distintas prestaciones. También se les denomina períodos de carencia. Dentro de estos períodos de carencia se puede distinguir entre la carencia genérica, que son las cotizaciones exigidas a lo largo de toda la vida laboral para causar el derecho a las prestaciones (por ejemplo, en la jubilación, quince años), y la carencia específica, configurada por los períodos concretos de cotización exigidos en un determinado lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante (en la jubilación se exigen dos años de cotización en los últimos quince años anteriores al hecho causante).

Este requisito de cotización previa no se exige en contingencias profesionales y accidente no laboral (art. 165.4 TRLGSS) y se conceden períodos de cotización presuntos en los siguientes casos:

- En los supuestos en que no haya solución de continuidad entre la IT y la IP, se computa a efectos de cotización dieciocho meses (duración máxima de la IT) aunque no se hubiesen agotado (art. 4 RD 1.799/1985).
- Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, por el período establecido legalmente (art. 165.3 TRLGSS).
- Maternidad y paternidad por el período establecido legalmente (art. 165.3 TRLGSS).
- Supuestos en que no se haya accedido a la prestación de maternidad por no tener derecho (ciento doce días completos por cada parto más catorce días más por cada hijo, a los efectos de jubilación e incapacidad permanente) (art. 235 TRLGSS).
- Excedencia por cuidado de hijos menores, acogidos o de guarda con fines de adopción y familiares (tres años y un año en caso de cuidado de familiares, computando para todas las contingencias, excepto IT y desempleo) (art. 237.1 y 2 TRLGSS).
- Reducción de jornada por cuidados de hijos o familiares (la reducción se computa como tiempo trabajado a jornada completa durante dos años por cuidado de hijos y un año por familiares, y se aplica a las mismas contingencias que a la excedencia) (art. 237.3 TRLGSS).

- Víctimas de violencia de género (el período de suspensión con reserva de puestos de trabajo del art. 48.6 ET se considera como de cotización efectiva a los efectos de jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y desempleo) (art. 165.5 TRLGSS).
- Huelga y cierre patronal (estos períodos computan como cotizados a efectos de desempleo) (art. 3.3 RD 625/1985).
- Expedientes de regulación de empleo por fuerza mayor temporal con suspensión de los contratos de trabajo, cuando tengan su causa directa en los daños producidos por acontecimientos catastróficos. En este supuesto, la TGSS puede exonerar al empresario del abono de las cuotas a la Seguridad Social por los conceptos de recaudación conjunta mientras dure el período de suspensión, manteniéndose la condición de dicho período como efectivamente cotizado por el trabajador. (Por ejemplo, art. 11.1 del RDL 2/2014, de 21 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica).

### *B) Requisitos para el percibo de las prestaciones no contributivas*

Son dos los requisitos exigidos para el percibo de las prestaciones no contributivas: residir legalmente en España y carecer de ingresos.

#### *a) Residencia*

El beneficiario debe tener su domicilio en territorio español, de acuerdo a las reglas del CC, por lo tanto las prestaciones no contributivas no son exportables a otros países de la UE (art. 10 bis Reglamento 1247/1992).

#### *b) Carencia de ingresos*

Se considera que existe carencia de ingresos cuando la suma anual de los ingresos obtenidos por el beneficiario, ya sean derivados del trabajo, capital o de naturaleza prestacional, sea inferior al importe de la cuantía de la pensión no contributiva —de invalidez o jubilación—, también en cómputo anual, fijada en la LPGE (art. 363.1 TRLGSS).

En el caso que el beneficiario conviva con otras personas en una misma unidad económica, la suma de los ingresos de todos los integrantes de la misma ha de ser inferior al límite de acumulación de recursos permitido. Este límite es el equivalente a la cuantía, también en cómputo anual, de la pensión más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno. Esta cuantía se incrementa dos veces y media a efectos del límite de acumulación, cuando el solicitante conviva con ascendientes o descendientes en primer grado (art. 363.2 y 3 TRLGSS).

### **3. GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES**

Las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, y, según los casos, los beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, son objeto de distintas clases de garantías para sus beneficiarios. Éstas pretenden fortalecer su indisponibilidad, tributación predeterminada, suficiencia económica, seguridad financiera y gratuidad documental.



### A) *Indisponibilidad*

Las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, los beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento, salvo en los casos siguientes (art. 44.1 TRLGSS):

- ✦ Cuando se trate de cumplir obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos.
- ✦ Cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social.
- ✦ El embargo solo podrá afectar a la parte de la prestación que exceda de la cuantía del SMI.

### B) *Tributación predeterminada*

Las percepciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social estarán sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto (art. 44.2 TRLGSS). No obstante, estarán exentas del IRPF (art. 7 LIRPF):

- ✦ Las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo.
- ✦ Las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil, 1936/1939.
- ✦ Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. En los despidos colectivos o individuales por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente (45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades hasta el 12-2-2012 y 33 días de salario por año de servicios con el tope de 24 mensualidades).
- ✦ Las prestaciones de IP absoluta o gran invalidez.
- ✦ Las prestaciones familiares.
- ✦ Las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.
- ✦ Las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las CCAA o entidades locales.
- ✦ Las prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único con el límite de 15.500 euros. Este límite no se aplicará en el caso de prestaciones por desempleo percibidas por trabajadores que sean personas con discapacidad que se conviertan en trabajadores autónomos.
- ✦ Las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos.

### C) *Suficiencia económica*

A tenor del mandato constitucional (art. 41 CE) los poderes públicos han de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Sin embargo, a la hora de determinar la cuantía de las prestaciones el legislador ordinario ha establecido un tratamiento diferenciado entre las prestaciones contributivas y las prestaciones no contributivas.

Las prestaciones contributivas se calculan en función de factores objetivos (unas son de cuantía fija, como las asignaciones por hijo a cargo o el auxilio por defunción; otras son indemnizaciones a tanto alzado, como las lesiones permanentes no invalidantes, y a otras se le aplica un porcentaje sobre una base reguladora como ocurre en las pensiones) sin que se tenga en cuenta la situación económica del beneficia-

rio, de tal manera que se presume el estado de necesidad cuando se dan los requisitos para el disfrute de la misma, mientras que las prestaciones no contributivas se fijan, en su cuantía, por la respectiva LPGE en función de dos parámetros: el nivel mínimo de ingresos y los recursos disponibles, aunque está previsto legalmente que se actualicen en el mismo porcentaje que las prestaciones contributivas (art. 62 TRLGSS).

Íntimamente ligada con la suficiencia económica de las prestaciones se encuentra la revalorización de las pensiones, los límites máximos de las mismas y los complementos por mínimos.

#### a) Revalorización de las pensiones

La CE establece el mandato para los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de las pensiones mediante su adecuación y actualización periódica (art. 50 CE), dejando al legislador ordinario libertad a la hora de fijar los criterios objetivos de actualización. Tradicionalmente la actualización de las pensiones contributivas se ha venido llevando a cabo en función del IPC previsto para cada año.

Sin embargo, el artículo 58 TRLGSS ha establecido que las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, a partir de 1 de enero de 2014, se incrementen al comienzo de cada año en función de un índice de revalorización, en cuya fórmula matemática se tiene en cuenta los siguientes factores: los ingresos del sistema de seguridad Social, el número de pensiones contributivas del sistema de seguridad Social; el efecto sustitución, entendido como la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año, los gastos del sistema de la Seguridad y un parámetro cuyo valor está situado entre 0,25 y 0,33 y que se revisará cada cinco años.

Una vez calculado el índice de revalorización, el incremento anual de las pensiones no podrá ser inferior al 0,25% ni superior a la variación porcentual del IPC en el período anual anterior más 0,50% (art. 48.2 TRLGSS).

Por lo que respecta a la revalorización de las prestaciones no contributivas, como ya se ha dicho, está previsto legalmente que se actualicen en el mismo porcentaje que las prestaciones contributivas (art. 62 TRLGSS).

#### b) Límites máximos

Una vez calculada la prestación que corresponda se establecen dos límites a la misma: uno en función de la base reguladora y otro en función de la cuantía inicial de la prestación.

Por lo que al límite de la base reguladora se refiere, en ningún caso podrá rebasar el tope máximo que a efectos de bases de cotización se establezca cada año (art 161.2 TRLGSS y cap. 7. I.3.A.d).

Y por lo que se refiere a la cuantía inicial de la prestación, ésta no podrá superar la cuantía íntegra mensual que se establezca la LPGE para cada año (art. 57 TRLGSS).

#### c) Complementos por mínimos

Como una garantía de la suficiencia económica de las pensiones, se establecen los complementos por mínimos con la finalidad de que los beneficiarios de pensiones, en su modalidad contributiva, que no perciban ningún tipo de rentas o que percibiéndolas no excedan de la cuantía fijada anualmente por la LPGE, puedan alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español (art. 59.1 TRLGSS).

Estos complementos por mínimos en ningún caso podrán superar la cuantía establecida para cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva (art. 59.2 TRLGSS) y se pueden dar en el supuesto de una única pensión o de concurrencia de pensiones, aunque en este último caso no se aplica a cada una de las pensiones sino al supuesto de que la suma de las pensiones no alcance a la cuantía mínima de la pensión.

d) Complemento por maternidad a causa de aportación demográfica

a') Beneficiarias y vigencia

Con la finalidad de estimular la natalidad en declive y allegar recursos económicos a la Seguridad Social, se establece este complemento a favor de las mujeres que hayan tenido hijos, biológicos o adoptados, y sean beneficiarias, en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Rige a partir del 1-1-2016 con vigencia indefinida (arts. 60.1 TRLGSS y Disp. Final segunda, Uno LPGE-2016).

b') Naturaleza y cuantía

A todos los efectos, el complemento tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Su importe es equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de la pensión el siguiente porcentaje, en función del número de hijos (art. 60.1 TRLGSS):

- En el caso de 2 hijos: 5 por ciento
- En el caso de 3 hijos: 10 por ciento
- En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento

Para determinar el derecho al complemento y su cuantía, sólo computarán los hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante de la pensión correspondiente.

En el caso de que la cuantía de la pensión inicial supere el límite inicial máximo de pensiones establecido anualmente en la LPGE sin llegar a aplicar este complemento, o aplicándolo solo parcialmente, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado (art. 60.2 TRLGSS).

En el supuesto de que pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de las pensiones establecido anualmente en la LPGE, se reconocerá a la beneficiaria el complemento por mínimos. Al importe reconocido se sumará el complemento por aportación demográfica, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada (art. 60.3 TRLGSS).

c') Exclusiones

El complemento por aportación demográfica no será de aplicación en los casos de acceso a la jubilación anticipada voluntaria (art. 208 TRLGSS), ni a la jubilación parcial (art. 215 TRLGSS), excepto que, en este último supuesto, se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda (art. 60.4 TRLGSS).

d') Concurrencia de pensiones

Cuando exista dicha concurrencia por tratarse beneficiaria con derecho a más de una pensión, el complemento solo se aplicará a una de ellas de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

- 1º. A la que resulte más favorable, cuando no se produzca la concurrencia siguiente.
- 2º. Si concurre una pensión de jubilación con una de viudedad, se aplicará a la de jubilación.

En este caso se establecen previsiones similares a las ya examinadas en el supuesto de que la cuantía de las pensiones reconocidas alcance el tope máximo de pensiones sin llegar a aplicar el complemento o aplicando solo en parte (art. 60.5 LGSS).

e') Régimen jurídico

El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente al nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización (art. 60.6 TRLGSS)

#### *D) Seguridad financiera*

La seguridad financiera se ha pretendido conseguir mediante la creación del Fondo de Reserva de la de la Seguridad Social (art. 117 TRLGSS) con la finalidad de atender a las necesidades futuras del Sistema de Seguridad Social, especialmente en épocas de crisis económica como la que sufrimos desde 2008.

#### *E) Gratuidad documental*

La gratuidad documental implica que no puede exigirse tasa fiscal, ni derecho de ninguna clase, en los informes y certificados facilitados por la Administración de la Seguridad Social, organismos administrativos, judiciales o de cualquier clase relacionados con las prestaciones (art. 44.3 TRLGSS).

### 4. INCOMPATIBILIDADES

En nuestro derecho positivo de Seguridad Social no existe una regulación general sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones, existiendo un régimen diversificado que atiende a las características singulares de cada prestación, atendiendo a dos criterios: el primero, se refiere a la compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones públicas entre sí y el segundo, a la compatibilidad o incompatibilidad entre las prestaciones públicas y la realización del trabajo profesional.

Al objeto del estudio de este tratamiento diferenciado se distinguirá entre compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones, compatibilidad o incompatibilidad con el resto de prestaciones y con las prestaciones de nivel complementario externo.

#### *A) Pensiones*

Rige el principio de pensión única (art. 163.1 TRLGSS). Según este principio, las pensiones del RG serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario y estén causadas por contingencias diferentes (IP, jubilación, muerte y supervivencia), de tal manera que quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

La incompatibilidad acontece también en otras prestaciones, como las derivadas del SOVI, con respecto a cualesquiera otras del Sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas, salvo con las pensiones de viudedad. En el caso de que se tenga derecho a pensiones SOVI y de viudedad, la suma no podrá superar el doble de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años fijada anualmente, y si se supera se minorará la cuantía de la pensión SOVI (Disp. Trans. 2ª TRLGSS).

No juega la incompatibilidad entre pensiones de IP y jubilación en casos de pluriactividad, al cumplirse los requisitos para su obtención en el Régimen General y un Régimen Especial, o entre dos Regímenes Especiales, ya que el principio de única pensión opera en el Régimen General. Por lo tanto, cuando se cumplan los requisitos de carencia en ambos Regímenes se tendrá derecho a ambas pensiones, salvo que la norma de alguno de ellos las prohíba expresamente. Así, por ejemplo, en la pensión de jubilación se exige que las cotizaciones acreditadas en cada régimen se superpongan al menos durante quince años (art. 205.3 TRLGSS). Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización realizadas en el régimen en el que no se haya obtenido pensión podrán ser sumadas a las del régimen en que se cause, para la determinación de la base reguladora, sin que la suma de ambas pueda superar la máxima prevista para cada año.

En los supuestos de pluriempleo en el Régimen General, solamente se tendrá derecho a percibir una sola pensión, aunque las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas se computarán en su totalidad para el cálculo de la pensión, sin que la suma de dichas bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento (art. 209.5 TRLGSS).

Respecto al criterio de compatibilidad o incompatibilidad con las rentas de trabajo:

- La pensión de jubilación es incompatible con el trabajo y en consecuencia con el salario (arts. 213 TRLGSS y 16 OM de 18 de enero de 1967) salvo con el trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso se minorará la pensión en proporción inversa a la reducción de la jornada (art. 213.1 TRLGSS) y con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista que reúna determinados requisitos (art. 214 TRLGSS), en cuyo caso el importe de la pensión se reducirá al 50 por 100 de la cuantía reconocida inicialmente.
- La pensión de invalidez en su modalidad no contributiva es compatible con el trabajo, siempre que no suponga un cambio en la capacidad de trabajo del pensionista. Ahora bien, en el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del IPREM, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite (art. 366 TRLGSS).
- La pensión de viudedad es compatible con el percibo de rentas de trabajo (art. 223 TRLGSS y art. 10 OM de 13 de febrero de 1967), así como con las pensiones de IP y jubilación derivadas del trabajo por cuenta ajena. E igualmente, se pueden percibir dos pensiones de viudedad o de orfandad, si las cotizaciones efectuadas a dos regímenes de la Seguridad Social se superponen durante quince años (art. 223.1 TRLGSS).
- El complemento por mínimos de pensiones es incompatible con la percepción por el pensionista de rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF, cuando los mismos excedan de la cuantía que fije la LPGE para cada año (Disp. Final 2.<sup>a</sup>Uno RDL-CONVILA). Las pensiones a favor de familiares son incompatibles con el trabajo que suponga ingresos iguales o superiores al 75 por 100 del SMI.
- Las prestaciones contributivas y el subsidio de desempleo son incompatibles con el trabajo por cuenta ajena o propia, aunque no den lugar a la inclusión en el Sistema de la Seguridad Social, salvo con el trabajo a tiempo parcial.
- Las pensiones de IP, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva son compatibles con el trabajo (arts. 198 y 366 TRLGSS).

#### *B) Resto de prestaciones*

- El derecho al subsidio por IT podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena (art. 175.1 TRLGSS), salvo que se trate de un supuesto de pluriactividad (STS 19-2-2002).
- El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso (art. 180 TRLGSS).
- La prestación por desempleo o el subsidio serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado (art. 282.1 TRLGSS). No obstante, como excepción a lo referido en dicho artículo, los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo que



causen alta como trabajadores por cuenta propia podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que lo solicite a la entidad gestora en el plazo de quince días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia (art. 33.1 LETA). Asimismo, la prestación por desempleo o el subsidio serán incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo (art. 282.2 TRLGSS).

- ✦ Las prestaciones no contributivas de protección a la familia son incompatibles con cualquier otra prestación análoga. La prestación por hijo discapacitado a cargo (art. 353.2 TRLGSS) es incompatible con la condición por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en su modalidad no contributiva (art. 361.3 TRLGSS).

### C) Prestaciones de nivel complementario

Al tratarse de prestaciones ajenas a la Seguridad Social son perfectamente compatibles con las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, ya que su finalidad es complementar y mejorar a éstas.

## 5. RESPONSABILIDADES

El incumplimiento de las obligaciones instrumentales en materia de Seguridad Social puede dar lugar a una pléyade de responsabilidades en orden a las prestaciones, tanto para el empresario principal como para otros sujetos vinculados con éste.

### A) Responsabilidades del empresario

El incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, puede dar lugar a las siguientes responsabilidades:

#### a) Responsabilidad administrativa

Consiste en la imposición de sanciones, como consecuencia de los incumplimientos tipificados como infracciones en la LISOS, concretamente en su Capítulo III relativo a las infracciones en materia de Seguridad Social, en el que se distinguen cuatro secciones:

- ✦ Infracciones de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados (arts. 21 a 23).
- ✦ Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones (arts. 24 a 26).
- ✦ Infracciones de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (arts. 27 a 29).
- ✦ Infracciones de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión (arts. 30 a 32).

Las sanciones a imponer en el caso de la comisión de estos ilícitos administrativos se encuentran contenidas en el Capítulo VI de la propia LISOS.

#### b) Responsabilidad penal y civil

Cuando la prestación tenga como finalidad el dar cobertura a estados de necesidad derivados de ilícito civil o penal, sin perjuicio de su abono por la Entidad Gestora, Servicio Común o MCSS, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables civiles, vía artículo 1.902 CC, o criminales, vía artículos 311 y siguientes del CP (art. 168.3 TRLGSS).

No obstante, y sin perjuicio de las acciones que ejerciten el trabajador y sus derechohabientes, el SNS, la MCSS o el empresario que colabore en la gestión de la IT, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable, o en su caso, al -subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Para ejercitar esta acción de resarcimiento, las mencionadas entidades están facultadas a personarse directamente en el proceso penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados en base al artículo 113 CP (art. 168.3, párrafos segundo y tercero, TRLGSS).

El CP también tiene unos delitos específicos en esta materia: el delito social (arts. 499, 427 y 348 bis CP), el delito fiscal por impago de cuotas (art. 349 bis CP), el delito contra la Seguridad Social, por defraudación a la misma mediante la elusión del pago de cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta o la obtención de devoluciones o deducciones indebidas, siempre que la cuantía defraudada exceda de 50.000 euros durante cuatro años naturales (art. 307 CP según redacción dada por el art. único. Cinco LO 7/2012, de 27 de diciembre). El delito contra la Seguridad Social verá agravadas las penas cuando la cuantía defraudada exceda de 120.000 euros, cuando la defraudación se produzca en el seno de una organización criminal o cuando se cometa por personas interpuestas que dificulten la identidad del obligado frente a la Seguridad Social, la cuantía defraudada o el responsable del delito (art. 307 bis CP introducido por el art. único. Seis LO 7/2012, de 27 de diciembre). Otra figura delictiva de reciente implantación en nuestro Código Penal se refiere a la obtención para sí o para otros de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, su prolongación indebida o facilitar a otros su obtención por medio del error provocado mediante simulación o tergiversación de hechos u ocultación de hechos en perjuicio de la Administración Pública (art. 307 ter CP introducido por el art. único. Siete LO 7/2012, de 27 de diciembre). Por último, la reforma operada en el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, ha delimitado otras tres figuras delictivas (art. 311 CP en su redacción dada por el art. único. Diez LO 7/2012, de 27 de diciembre): la imposición a los trabajadores de condiciones laborales o de Seguridad Social, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios o contratos individuales; el dar ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en la Seguridad Social, o en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea menor del 25 por 100 en las empresas de más de 100 trabajadores, 50 por 100 en las empresas de más de 10 y menos de 100 trabajadores y la totalidad de los mismos en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 5 y no más de 10 trabajadores; los que en caso de transmisión de empresas y siendo conscientes mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

### c) Responsabilidades en materia de Seguridad Social

La responsabilidad en materia de Seguridad Social consiste en determinar a quién le corresponde el pago de una prestación específica para hacer frente a la contingencia protegida.

Esta responsabilidad prestacional corresponde a las Entidades Gestoras, MCSS o empresarios que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan los requisitos generales, de estar afiliados y en alta o situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia protegida (art. 165 TRLGSS) y los específicos de cada prestación, como el cumplimiento de un período previo de cotización (art. 165.1 TRLGSS). No obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio, no es preceptivo el requisito de estar dado de alta para causar derecho a las pensiones de jubilación, y de IP absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral y enfermedad común.

#### a') Supuestos de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones instrumentales

El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de

imputación y de su alcance, y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva (art. 167.2 TRLGSS). No obstante, es preciso distinguir los siguientes supuestos:

- ✦ En el caso de falta de afiliación, alta y cotización, rige la regla general de responsabilidad por parte de la empresa.
- ✦ En el caso de falta de afiliación y alta, pero con ingreso de cotizaciones en plazo reglamentario, la empresa será la responsable de las prestaciones hasta la fecha de ingreso de las cuotas y a partir de ese momento responderá la Entidad Gestora, dado que los efectos del alta del trabajador se retrotraerán a la fecha en que la empresa proceda al ingreso de las primeras cuotas por dicho trabajador (art. 35 RIAAB).
- ✦ En el caso de falta de afiliación o de alta con ingreso de cotizaciones fuera del plazo reglamentario, pero antes de sobrevenir la contingencia, la responsabilidad corresponderá a la Entidad Gestora (STS 1-6-1994 y art. 35.1.2.º RIAAB).
- ✦ En caso de falta de afiliación o de alta con ingreso de cotizaciones posterior al momento de sobrevenir la contingencia. Esta cotización no sustituye a la afiliación o al alta (STS 4-10-1978, entre otras), y la responsabilidad de la prestación recaerá en el empresario.
- ✦ En los supuestos de cotización efectuada con arreglo a una base inferior a la que corresponda al trabajador, el empresario será responsable de la prestación por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas (STS 23-10-1975).
- ✦ En los supuestos de descubierto total, es decir, si la empresa no ha ingresado nunca las cotizaciones o tiene descubiertos constantes y permanentes durante largos períodos, la regla general es la responsabilidad empresarial (STS 9-7-1986, entre otras).
- ✦ En los supuestos de descubiertos parciales, es decir, que la empresa deba algunas mensualidades, la jurisprudencia mantiene que la responsabilidad es de las Entidades Gestoras, ya que el Estado goza de las medidas necesarias para exigir el pago a las empresas morosas (STS 9-7-1986).

b') El recargo de prestaciones por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales

Las prestaciones económicas de Seguridad Social que tengan su causa en AT o EP se incrementarán de un 30 por 100 a un 50 por 100 (recargo de prestaciones) cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de dispositivos de protección, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo (art. 123.1 LGS).

Este recargo de prestaciones es una constante en nuestro derecho de Seguridad Social, teniendo su origen en la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 30-1-1900, la cual ya establecía el incremento del 50 por 100 de la cuantía de las indemnizaciones cuando el accidente se produjera por faltas de medidas de seguridad (art. 5).

La finalidad del recargo es doble: por un lado, es preventiva, en cuanto que obra como medida coactiva y de estímulo para que no se desatienda el cumplimiento de las previsiones legales sobre seguridad en el trabajo, por otro lado, es reparadora, por constituir un beneficio económico para el perjudicado o sus derechohabientes.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el recargo tiene naturaleza sancionadora, aunque algún sector doctrinal en base a una interpretación del artículo 42.3 LPRL se inclinan por considerar que el recargo es una indemnización legal, especial, de Seguridad Social, tasada y causal. En cualquier caso el recargo de prestaciones tiene un marcado punitivo o sancionador del que se derivan las siguientes consecuencias:

- Para su imposición es preciso hacer una interpretación restrictiva o estricta de los preceptos legales que se consideran vulnerados.
- Se trata de una responsabilidad directa y personal del empresario infractor (art. 164.2 TRLGSS).
- El recargo no puede ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (art. 164.2 TRLGSS).
- El porcentaje del recargo, del 30 por 100 al 50 por 100, se fija en atención a la gravedad de la falta.
- El recargo será aplicable de oficio, por lo que puede iniciarse su procedimiento sin la intervención del trabajador o sus derechohabientes.
- El recargo es irrenunciable para el trabajador.

No obstante, para la aplicación del recargo es preciso que se den cuatro requisitos:

- **Objetivo o normativo.** Es necesario que exista una disposición legal o reglamentaria o norma jurídica técnica que imponga una determinada obligación en materia de seguridad e higiene.
- **Subjetivo.** Se concreta en una acción u omisión que supone un incumplimiento del deber de seguridad (carencia de dispositivos de seguridad, inutilización de los mismos, inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene, el incumplimiento de las medidas elementales de salubridad, inobservancia de las medidas de adecuación personal a cada trabajo)
- **Material.** Implica un resultado lesivo para el trabajador por la existencia de AT o EP. No sólo es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena del RG, sino también a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en otros RREE.
- **Causal.** Debe existir una relación de causalidad entre la infracción del deber de seguridad y el AT o EP.

Son causas excluyentes del recargo de prestaciones:

- **Fuerza mayor.** Se puede definir como aquel suceso imprevisible o que siendo previsible fuera inevitable que tiene una causa natural o humana ajena a la actividad de la empresa.
- **Conducta dolosa o imprudente del trabajador,** salvo la imprudencia profesional (art. 15.4 LPRL).
- **Actos de tercero.** La conducta imprudente de los compañeros de trabajo, si el empresario ha cumplido sus obligaciones, excluye el recargo de prestaciones.

El ámbito objetivo del recargo de prestaciones se aplica a todas las prestaciones económicas que tengan su causa en AT o EP. Se incluyen, por tanto, las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones, subsidios, indemnizaciones por baremo y prestaciones por muerte y supervivencia. Por el contrario, no se aplica al 50 por 100 del incremento de la pensión de gran invalidez (STS 9-2-1972), ni a las pensiones de IP revisadas como consecuencia de su agravación (STS 4-7-1979) ni a las mejoras voluntarias (STCT 22-2-1984).

El recargo de prestaciones es compatible con las responsabilidades de todo orden, incluso la penal que pudiera derivarse (art. 164.3 TRLGSS).

El procedimiento del recargo se inicia, bien de oficio mediante informe-propuesta elevado por la ITSS al INSS o bien a instancia de parte. Los directores provinciales del INSS son los competentes para declarar la procedencia del recargo mediante Resolución motivada, que habrá de dictarse en el plazo de ciento treinta y cinco días, transcurridos los cuales sin resolución se considerará el silencio administrativo negativo y empezará a contarse a partir de ese momento el plazo de prescripción de cinco años (STS 17-7-13). Una vez declarado el recargo el sujeto responsable debe consignar el capital coste ante la dirección provincial de la TGSS, contra las decisiones recaudatorias de esta última cabe recurso contencioso-administrativo [art. 3.f) LJS]. No obstante, si lo que se impugna es el recargo de prestaciones, una vez agotada la vía administrativa, cabe presentar demanda contra la Resolución motivada del INSS ante la jurisdicción social [art. 2.b) LJS], siendo el plazo de prescripción de cinco años (art. 53.1 TRLGSS).

c') Responsabilidad por falta de reconocimientos médicos

El empresario que haya de cubrir puestos de trabajo expuestos al riesgo de contraer EP está obligado a practicar un reconocimiento médico antes de la admisión o contratación de los trabajadores que los hayan de ocupar, así como someter a los trabajadores ya contratados a reconocimientos periódicos (art. 243 TRLGSS).

La no superación del reconocimiento médico impide la contratación del trabajador y cuando se trata de reconocimientos posteriores puede ser causa de extinción del contrato o baja en la empresa (arts. 243.1 y 3 y 176.2 TRLGSS).

El incumplimiento de la obligación de practicar reconocimientos médicos previos o periódicos, además de constituir una infracción administrativa grave (art. 12.2 LISOS), convierte al empresario en responsable directo de todas las prestaciones que pudieran derivarse por EP, tanto si estuviera asociado a una MATEP como si tuviera concertada la cobertura con una entidad gestora.

Además de la responsabilidad del empresario, las MCSS y las entidades gestoras están obligadas antes de tomar a su cargo la protección por AT y EP de los trabajadores empleados en industrias con riesgos específicos de EP, a conocer el certificado del último reconocimiento médico previo y deberán conocer los resultados de los reconocimientos periódicos, haciendo constar en la documentación que dicha obligación ha sido cumplida. En caso de incumplimiento de esta obligación, su responsabilidad consistirá en ingresar a favor del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social el importe de las primas percibidas con un recargo que puede llegar al 100 por 100 y además estarán obligadas a ingresar con el mismo destino una cantidad igual a las responsabilidades a cargo de la empresa, incluyendo los posibles recargos de prestaciones, sin perjuicio de que en caso de reincidencia se anule la autorización para colaborar en la gestión (art. 244.3 TRLGSS).

d') Incumplimiento de la orden de paralización de los trabajos ordenada por la ITSS

Las empresas que incumplan las decisiones de la ITSS y resoluciones de la Autoridad Laboral en materia de paralización de trabajos en los supuestos de riesgo grave e inminente se equiparán, respecto de los AT que en tal caso pudieran producirse, a falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar (art. 242 TRLGSS).

*B) Extensión de responsabilidad a otros sujetos*

Con el fin de garantizar las prestaciones y que el trabajador no vea mermado sus derechos como consecuencia de la insolvencia del empresario, nuestra normativa contempla una serie de supuestos en que la responsabilidad se extiende a otros sujetos distintos del empresario.

a) Sucesión de empresas

El empresario cedente y cesionario son responsables solidarios, durante tres años, de las obligaciones de Seguridad Social nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiesen sido satisfechas. También asumen responsabilidad por las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando sea declarada delito (arts. 44 TRLET y 168 TRLGSS).

b) Cesión temporal de mano de obra

Cedente y cesionario responden solidariamente sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dicha cesión (arts. 43.3 TRLET y 168 TRLGSS).



c) Contratas y subcontratas

Existe responsabilidad solidaria del empresario principal frente al contratista y de éste frente al subcontratista respecto de las obligaciones de Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata, exigible hasta tres años después de la finalización de la misma cuando se trate de la misma actividad (art. 42.1 y 2 TRLET, 168 TRLGSS).

d) ETT y empresa usuaria

Existe responsabilidad subsidiaria de la usuaria respecto al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de la ETT (art. 16 LETT), salvo que el contrato de puesta a disposición se haya celebrado para la realización de trabajos expresamente prohibidos (art. 8 LETT) o para supuestos distintos de los previstos en el artículo 15 ET (art. 6 LETT), en cuyo caso la responsabilidad será solidaria.

e) Contratistas y subcontratistas del sector de la construcción

Existe responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de Seguridad Social derivadas de la ejecución de la contrata si el subcontratista no está inscrito en el Registro de empresas acreditadas o incumple los niveles de subcontratación (art. 5 Ley 32/2006).

C) Principio de automaticidad de las prestaciones

El principio de automaticidad de las prestaciones está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social como un mecanismo de garantía del beneficiario de las prestaciones, de tal forma que aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones instrumentales (afiliación, altas, bajas y cotización), se encuentre desaparecido o por sus especiales circunstancias no pueda ser objeto de apremio, en los supuestos determinados reglamentariamente las entidades gestoras, colaboradoras o servicios comunes están obligadas a adelantar el pago de las prestaciones, sin perjuicio de que posteriormente puedan repercutir dicho adelanto contra el empresario responsable (art. 167.3 TRLGSS).

Los supuestos en los que opera el principio de automaticidad de prestaciones de manera absoluta, aunque el trabajador ni siquiera esté dado de alta son los siguientes:

- Asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad o accidente no laboral (art. 166.3 TRLGSS).
- AT y EP (art. 166.3 TRLGSS). Respecto a la entidades colaboradoras se establece con absoluta claridad la obligación de adelantar el pago de prestaciones (arts. 167.3 TRLGSS y 61.2 MCSS) y una responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, cuando la empresa sea insolvente u ocurra lo propio con la MCSS.
- Desempleo (arts. 166.3 y 281 TRLGSS).

Los otros supuestos en los que las entidades gestoras, colaboradoras y servicios comunes adelantan las prestaciones de Seguridad Social a los beneficiarios no se encuentran regulados en el TRLGSS por lo que debe acudir a la aplicación supletoria (arts. 94 a 96 LSS), aunque en estos casos se exige que el trabajador se encuentre en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante. Estos supuestos son los siguientes:

- IT derivada de riesgos comunes y maternidad (art. 96.1.2 LSS).
- IP derivada de enfermedad común (STS 9-4-2001).
- Viudedad y orfandad, siempre que además se reúnan los requisitos de carencia previa (art. 174.1 LGSS).
- Jubilación (art. 95.2 LSS).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CONCEPTOS BÁSICOS

- DE LA VILLA GIL, L. E.: «El modelo constitucional de protección social», *AS*, n.º 3/2004.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social», *RL*, n.º 2/2010.
- LEÓN IGLESIAS, J.: «Presente y futuro de la acción protectora de la Seguridad Social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 9/2007, Aranzadi.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *RL*, n.º 23/1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», *RL*, n.º 24/2001.
- «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas (Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social)», *RL*, tomo 2, 1992.

### II. CONTINGENCIAS PROTEGIDAS

- ALCÁNTARA COLÓN, J. M., y ESPINOSA GARCÍA, A. I.: «El accidente de trabajo: una breve síntesis», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-242, tomo 5, La Ley.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: «Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo», *AJA*, n.º 567/2003.
- ASENJO PINILLA, J. L.: «El domicilio del trabajador en los accidentes laborales *in itinere*», *AS*, n.º 7/2006.
- BARCELÓN COBEDO, S.: «El valor de la presunción del artículo 116 de la Ley General de Seguridad Social», *AS*, n.º 19/2011.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Extensión del riesgo de accidentes de trabajo para el caso de enfermedad profesional. Indemnización pactada en convenio. Comentario a la STS (Sala 4.ª) de 25 de enero de 1991», *Diario La Ley*, 1991, tomo 3, La Ley.
- «Accidente *in itinere*. Interrupción del nexo causal. Comentario a la Sentencia TSJ Madrid de 23 de Noviembre 1990», *Diario La Ley*, 1991, tomo 3, La Ley.
- CARDENAL CARRO, M.: «El suicidio como accidente de trabajo en la STS de 25 de septiembre de 2007: ¿se anuncia una modificación en la interpretativa restrictiva del artículo 115 LGSS característica de la Jurisprudencia reciente?», *AS*, n.º 17/2007.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Accidentes de trabajo: una reforma necesaria», *Diario La Ley*, n.º 6.607/2006, La Ley.
- «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en la Seguridad Social complementaria: la vigencia de la cobertura y la consideración de la enfermedad profesional», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-205, tomo 6, La Ley.
- DUEÑAS HERRERO, L. J.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*. Valladolid, 2013.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: «La presunción de laboralidad del apartado 3 del artículo 115 LGSS y el accidente “en misión”», *AS*, n.º 19/2004.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social del artículo 123 LGSS y grado de concreción de las medidas de protección incumplidas», *AS*, n.º 15/2000.
- LEONÉS SALIDO, J. M.: «SIDA y accidente no laboral», *Diario La Ley*, 1995, tomo 1, La Ley.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio», *AS*, vol. III, BIB 1997\849.
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Accidente de trabajo: Delimitación legal*, Pamplona.

- MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.: «Consideración del síndrome del *burn out* como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta», *AS*, n.º 1/2005.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Determinación de contingencias de la Seguridad Social», *AS*, n.º 19/2008.
- MONROY ANTÓN, A. J.: «El *burn out*, ¿accidente de trabajo?», *Diario La Ley*, n.º 6.899/2008, La Ley.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: «Accidente de trabajo y acoso moral: reflexiones al hilo de las sentencias del TSJ Navarra de 30 de abril, 18 de mayo y 15 de junio de 2001», *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-284, tomo 7, La Ley.
- NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: «La delimitación del inicio del trayecto en los accidentes de trabajo *in itinere*: el peculiar tratamiento laboral del domicilio del trabajador y su relación con la prevención de riesgos laborales», *AS*, n.º 10/2012.
- PANIZO ROBLES, J.A. : «Una nueva enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social (con ocasión del RD 1150/2015, de 18 de diciembre)». *Aranzadi digital* n.º 1/2015.
- PURCALLA BONILLA, M. A.: «Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales», *Diario La Ley*, n.º 6.087/2004, La Ley.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: «La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 1/2002.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E.: «Ampliación del concepto de accidente de trabajo en caso de enfermedades previas agravadas». *RDAS* n.º 9/2014
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «Daños por accidente de trabajo y criterios de cuantificación», *AS*, n.º 4/2008.
- ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciado con el ejercicio del derecho de huelga: accidente de trabajo», *AS*, n.º 2/2012.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E.: «La protección social del suicidio del trabajador en el Sistema de Seguridad Social», *AS*, n.º 13/2010.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La presunción de laboralidad del accidente y su alcance respecto del infarto de miocardio», *AS*, n.º 2/2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARTETA MARTÍNEZ, M.: «La noción de tiempo de trabajo y la presunción de laboralidad de los accidentes», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 10/2006.
- «Accidente laboral de extranjero sin permiso», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 13/2003.
- TORRENTE GARÍ, S.: «Algunas enfermedades profesionales del personal sanitario y el Real Decreto 1.299/2006, de 10 de noviembre», *AS*, n.º 6/2009.

### III. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- ALCÁNTARA COLÓN, J. M.: «Procedimiento administrativo de reconocimiento de los derechos a las prestaciones públicas de la Seguridad Social española», *Diario La Ley*, 1994, tomo 4, La Ley.
- ALONSO ARANA, M. : «Tramitación electrónica automatizada de prestaciones del sistema de Seguridad Social». *Aranzadi digital* n.º 1/2016.
- ÁVILA ROMERO, M.: «El procedimiento administrativo ante el INSS para reconocimiento de las prestaciones de la acción protectora», *Diario La Ley*, 1984, tomo 2, La Ley.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad en orden al pago de prestaciones del Sistema de Seguridad Social (Mutuas Patronales de accidentes de trabajo). Comentario a la STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 1992», *Diario La Ley*, 1993, tomo 4.
- BENAVIDES VICO, A.: *Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social*, Valladolid, 2006.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional», *AS*, n.º 18/2010.

- «La carencia de rentas o ingresos suficientes como requisito imprescindible para causar derecho a las pensiones no contributivas (su determinación legal y judicial)», *AS*, vol. V, BIB 1999\1444.
- CACHÓN VILLAR, P.: «La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Supuestos de falta de cotización», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-251, tomo 5, La Ley.
- «La responsabilidad civil empresarial por daños o perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional: jurisdicción competente y calificación de la responsabilidad», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-338, tomo 6, La Ley.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?», *AS*, n.º 15/2007.
- D'ANJOU ANDRÉS, G.: «Actualidad legislativa: Compatibilidad entre pensiones», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 13/2005.
- DE COSSIO RODRÍGUEZ, M. P.: «El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *AS*, n.º 19/2005.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y práctica», *AL*, n.ºs 4 y 5/2004.
- DE VAL TENA, A. L., y ROMÁN CASTILLO, J. J.: «La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de Seguridad Social: criterios jurisprudenciales», *AS*, vol. I, BIB 1996\48.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La cuantía de las prestaciones en el Sistema de Seguridad Social Español», *AL*, n.º 3/2004.
- GINÉS I FABRELLAS, A.: *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*. Albacete, 2012.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «El requisito de cotización previa y la llamada “doctrina del paréntesis”», *AS*, vol. III, BIB 1997\841.
- «Accidente de Trabajo y anticipo de prestaciones en caso de falta de afiliación y/o alta», *AS*, vol. III, BIB 1997\859.
- LEONÉS SALIDO, J. M.: «¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?», *Diario La Ley*, 1992, tomo 2, La Ley.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «Responsabilidad empresarial por descubierto de cotizaciones en prestaciones derivadas de accidente de trabajo. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 1 de febrero de 2000)», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-168, tomo 5, La Ley.
- «La compatibilidad entre el recargo de prestaciones y las indemnizaciones por accidente de trabajo», *Diario La Ley*, n.º 5.753/2003, La Ley.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?. El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del Oficio de Dirección General de ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013». *IL* n.º 1/2014.
- MOLINER TAMBORERO, G.: «La doble responsabilidad empresarial por el abono de las cuotas a la Seguridad Social y por el pago de prestaciones. Un problema sin una buena solución», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-199, tomo 6, La Ley.
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Recargo de prestaciones y audiencia de los interesados», *AS*, n.º 14/2006.
- PALOMINO SAURINA, P.: «Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General en virtud de un trabajo distinto». *RIL* n.º 5/2015.
- PURCALLA BONILLA, M. A.: *Recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, Granada, 2000.
- RON LATAS, R. P.: «¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?», *AS*, n.º 12/2006.
- SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *AL*, n.º 9/2005.

SAN MARTÍN, J.: *Prestaciones de la Seguridad Social española*. Madrid, 2015.

SEMPERE NAVARRO, V. A.: «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», *AS*, n.º 1/2008.

— «Recurribilidad de las Sentencias sobre recargo de prestaciones», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 15/2007.

— «La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS de 1 de febrero de 2000», *AS*, n.º 4/2000.

SEMPERE NAVARRO, V. A., y BARRIOS BAUDOR, G. L.: «La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social», *AS*, vol. V, BIB 1998\1330.

SORIGUERA SERRA, A.: «Destino del capital coste para el recargo de prestaciones y legitimación de la TGSS para pedir la ejecución», *AS*, n.º 6/2011.

TARANCÓN PÉREZ, E.: *Prestaciones básicas del régimen general de la Seguridad Social*. Albacete, 2013.

TATAY PUCHADES, C.: «La omisión contributiva empresarial y prestaciones de Seguridad Social», *RL*, tomo 1, 1991.





## CAPÍTULO 6.

# RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CAMPO DE APLICACIÓN Y ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

En este capítulo se van a estudiar el campo de aplicación del Régimen General y las distintas obligaciones instrumentales de encuadramiento, dejando la cotización y la recaudación para el siguiente capítulo. Todas estas obligaciones instrumentales son de obligado cumplimiento para el percibo de las prestaciones, razón última del Sistema de la Seguridad Social.

El Régimen General es el paradigma de todos los regímenes de Seguridad Social, hasta el punto de que existe una tendencia unificadora hacia el mismo. Esta tendencia se pone de manifiesto en su campo de aplicación que cada vez incluye a más colectivos. Se abordará su estudio atendiendo a dos criterios: uno positivo, en el que se establece una regla general de inclusión y numerosos supuestos de inclusión por asimilación, y otro negativo, de exclusión de dicho campo.

A continuación se estudiarán los actos de encuadramiento, que son actos instrumentales que vinculan al Estado con los sujetos protegidos en virtud de la relación jurídica contraída entre ellos. Al primero que se hará referencia es a la inscripción del empresario, cuya virtualidad principal consiste en identificar al empresario en el ámbito de la Seguridad Social como requisito previo e indispensable a la iniciación de su actividad económica. La afiliación a la Seguridad Social es otro acto administrativo por medio del cual se reconoce a una persona su condición de incluida en el Sistema de Seguridad Social cuando es la primera vez que realiza una actividad determinante de su inclusión. El alta en la Seguridad Social implica el reconocimiento a la persona que inicia una actividad laboral su condición de incluida en el campo de aplicación del Régimen General, y las bajas son el acto administrativo por el que se declara extinguida la relación de Seguridad Social respecto a un sujeto protegido. Todos estos actos de encuadramiento se estudiarán con una misma sistemática: definición, sujetos obligados a su realización, organismo ante el que se presenta dichos actos, efectos de su reconocimiento y jurisdicción competente para conocer las divergencias que pudieran plantearse.

### I. CAMPO DE APLICACIÓN

El Régimen General de la Seguridad Social es el paradigma de la protección de los trabajadores por cuenta ajena. Con carácter general, estarán obligatoriamente incluidos en dicho Régimen los trabajadores por cuenta ajena, mayores de dieciséis años, que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el

artículo 1.1 E TRLET en las distintas ramas de actividad (excepto los incluidos en RREE), o asimilados, con independencia de la modalidad de contratación adoptada, de la clasificación profesional del trabajador y de la forma y cuantía de su retribución y de la naturaleza común o especial de su relación laboral [arts. 7.1.a) y 136.1 TRLGSS].

Para la determinación de los sujetos del campo de aplicación del Régimen General, el TRLGSS acude a dos criterios: uno positivo, en el que de manera expresa incluye a los sujetos protegidos por el mismo, concretamente doce supuestos pero con una cláusula abierta para inclusiones sucesivas y otro negativo, de exclusión de dicho campo.

## I. INCLUSIONES

De una manera expresa se consideran incluidos en el Régimen General los siguientes sujetos (art. 136.2 TRLGSS):

### A) *Trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas*

Se trata de una auténtica relación laboral en unos casos (trabajador por cuenta ajena y socios que no realicen labores de dirección y gerencia y no tengan el control efectivo de la sociedad) y en otro de una asimilación constitutiva, dado que no tiene ninguna relación con el contrato de trabajo (socios que realicen labores de dirección y gerencia y no tengan el control efectivo de la sociedad). En su redacción primitiva, en este apartado tan sólo se incluía en el Régimen General a los denominados altos cargos que estaban sujetos a una relación laboral de carácter especial [art. 2.º1.a) ET]. Sin embargo, sería la Ley 50/1998, de 30 de diciembre la que daría la actual redacción a este apartado para incluir en el Régimen General a los socios que prestan servicios en las sociedades mercantiles.

Estos socios que trabajan en las sociedades mercantiles capitalistas de las que forman parte, estarán incluidos en el Régimen General aunque sean miembros del órgano de administración, siempre y cuando no realicen labores de dirección y gerencia y carezcan de su control efectivo (Disp. Adic. 27.ª1 LGSS).

Si por el contrario, el socio desempeña el cargo de consejero y administrador y ello conlleva la realización de funciones de dirección y gerencia y además percibe retribución por ello o por su condición de trabajador por cuenta ajena, se considerará asimilado a trabajador por cuenta ajena, estando incluido en el Régimen General pero sin tener derecho a la protección por desempleo y del FGS, siempre que no posean el control de la sociedad mercantil.

Para tener el control efectivo de la sociedad mercantil y su consiguiente inclusión en el RETA es preciso que concurren algunos de los siguientes requisitos (305.2.b) TRLGSS):

- ✦ Que el socio disponga de al menos el 50 por 100 del capital social. Se trata de una presunción *iuris et de iure*.
- ✦ Que al menos el 50 por 100 de las participaciones de la sociedad en la que se presta servicios pertenezca al cónyuge o parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que conviva, salvo prueba en contrario.
- ✦ Que el socio disponga de una participación en el capital social igual o superior a la tercera parte sin llegar a la mitad, salvo prueba en contrario.
- ✦ Que el socio tenga una participación en el capital social igual o superior al 25 por 100, sin llegar a la mitad, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia en la sociedad, salvo prueba en contrario.

### B) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares

Se trata de una relación laboral de carácter especial regida por el RD 1.620/2011, de 14 de noviembre, que regula el servicio del hogar familiar. No obstante, dicho personal no estaba incluido en el REEH sino en el Régimen General, aunque a partir de 1 de enero de 2012 todo el resto del personal incluido en dicho Régimen Especial se haya integrado en un Sistema Especial dentro del Régimen General (Disp. Adic. 39.<sup>a</sup> LAAMSS).

### C) Personal dependiente de las Administraciones Públicas, ya sean funcionarios o laborales

De una manera lenta se está produciendo la expansión del Régimen General para determinados colectivos de funcionarios. Todo este proceso está dando lugar a diferencias de protección entre los empleados públicos que prestan servicios en un mismo órgano administrativo, dejando de esta manera en evidencia la racionalidad, coherencia y equidad del sistema. Por otra parte, la pervivencia del sistema de clases pasivas, propio de un sistema de previsión social administrativa, ha venido dificultando la integración de los funcionarios en un único Sistema de Seguridad Social, aunque la publicación del RDL 13/2010, de 3 de diciembre ha venido a dar un gran paso en la línea de integración de los funcionarios civiles, militares y de la Administración de Justicia en el Régimen General de la Seguridad Social, al incluir en su campo de aplicación a los ingresados a partir de 1-1-2011, a los efectos de clases pasivas (art. 20 RDL 13/2010), con la finalidad última de consolidar a medio plazo el Sistema de Seguridad Social, como reza la exposición de motivos del mencionado RDL.

Con anterioridad al 1-1-2011, ya estaban incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social el personal dependiente de las Administraciones Públicas de los colectivos siguientes:

- ✦ El personal civil no funcionario de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social [art. 136.2.k) TRLGSS].
- ✦ El personal funcionario al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, incluido su periodo de prácticas, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de una ley especial [art. 136.2.l) TRLGSS].
- ✦ Los funcionarios del Estado transferidos a las CCAA que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso [art. 136.2.n) TRLGSS y RD 2.545/1980].
- ✦ Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial [art. 136.2.o) TRLGSS y art. 75 Ley 7/1985].
- ✦ Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (D. 2.528/1970; RD 2.205/1980).
- ✦ Funcionarios interinos y de empleo (OM 28-4-1967 y 3-9-1973, respectivamente) y altos cargos no funcionarios (136.2.ñ) TRLGSS).
- ✦ Funcionarios interinos y de empleo de la Administración de Justicia (LO 6/1985).
- ✦ Funcionarios internacionales o empleados de la Administración Pública en el extranjero (RD 2.234/1981; residentes en España que prestan servicios en el Alto Comisionado de la ONU para los refugiados (OM 22-12-1997) o en organizaciones internacionales (RD 317/1985), también los de la UE (Disp. Adic. 5.<sup>a</sup> TRLGSS).
- ✦ Funcionarios de la Administración Local, integrados en el Régimen General (RD 480/1993; OM 7-4-1993).

- Personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud (Ley 52/2003, de 16 de diciembre).
- Profesores asociados de Universidad, salvo cuando sean funcionarios públicos sujetos al régimen de clases pasivas (Disp. Adic. 1.ª RD 1.086/1989).
- Profesores de religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria.

*D) Laicos o seglares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesíásticas*

Estas instituciones o comunidades religiosas en modo alguno pueden ser consideradas como comunidades familiares, a los efectos de relación laboral especial de empleados del hogar, aunque algunas sentencias así las hayan considerado, por la sencilla razón de que no se trata de un trabajo en el hogar familiar al servicio de un cabeza de familia. Estos servicios prestados por laicos a favor de entidades religiosas constituyen una auténtica relación laboral por darse las notas configuradoras de la misma (art. 1.1 TRLET).

La propia normativa de Seguridad Social (art. 136.2.i) TRLGSS) prevé que por acuerdo especial con la jerarquía eclesíástica competente se regulará la situación de los trabajadores laicos y seglares que presten servicios retribuidos a organismos y dependencias de la Iglesia y cuya misión principal consista en ayudar directamente en la práctica del culto, aunque tal acuerdo especial todavía no ha sido suscrito.

Por otro lado, los misioneros laicos que ejerzan su apostolado en el extranjero no estarán incluidos en el Régimen General, por faltarles dos notas para su inclusión dentro del Sistema de Seguridad Social: la residencia en España y el ejercicio de una actividad económica en el territorio nacional.

*E) Personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social*

La razón de su inclusión en el Régimen General obedece a la existencia de las notas configuradoras de la relación laboral (art. 1.1 TRLET) independientemente de que la entidad o institución actúe con ánimo de lucro o no (art. 136.2.h) TRLGSS).

*F) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares*

Aunque el notario está integrado en el RETA (RD 1.505/2003), el personal al servicio de la Notaría se ha incluido en el Régimen General sustituyendo la acción protectora de éste a la de la Mutualidad de Empleados de Notaría (OM 21-2-1996). La razón de esta inclusión obedece al carácter laboral de la relación que vincula al personal con la Notaría, Registro de la Propiedad u oficinas o centros similares (SSTS 16-1-1986 y 17-4-1986 y art. 136.2.f) TRLGSS).

*G) Cargos representativos de los Sindicatos que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución*

Esta inclusión se produjo tras la entrada en vigor de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, la cual vino a dar cumplimiento a la sugerencia del TC (STC 44/2004 y 136.2.p) TRLGSS).



*H) Trabajadores dedicados al manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano*

Estos trabajos no se consideraban incluidos en el extinto REA al no ser labores agrarias aunque se realizaran en los lugares de producción del producto como fuera del mismo, ya provinieran de explotaciones propias o de terceros, ya se realizaran de manera individual o mediante cualquier tipo de asociación o de agrupación, incluidas las cooperativas y aunque otros trabajadores del empresario se dedicaran a la obtención directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del mismo producto (art. 136.g) TRLGSS).

*I) Cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del MTIN, actualmente MEYSS, de la asimilación al Régimen General*

En base a dicha asimilación se han integrado numerosos colectivos, entre los que se pueden citar:

- Los abogados que presten servicios para un despacho profesional bajo la dirección de un titular (Disp. Adic. 1.ª Ley 22/2005 y Res. DGOSS 21-11-2005).
- Personal investigador en formación con becas de investigación (RD 63/2006) aunque no tienen protección plena, ya que no cotizan por desempleo, FGS ni formación profesional.
- El clero de la Iglesia Católica (RD 2.398/1977) y demás Iglesias y confesiones. No tienen protección de contingencias profesionales, IT, maternidad, riesgo durante el embarazo ni desempleo.
- Personas que deben realizar prestaciones personales obligatorias no laborales (RD 2.765/1976) a los solos efectos de AT y EP.
- Ciclistas profesionales (RD 1.820/1991).
- Jugadores profesionales de baloncesto (RD 766/1993).
- Jugadores profesionales de balonmano (RD 1.708/1997).
- Socios trabajadores de Sociedades Laborales (Ley 3/1997). La LAAMSS (Disp. Adic. 47.ª) ha dispuesto para los socios trabajadores de las Sociedades Laborales que cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, incluidas la protección por desempleo y el FGS.
- Ferroviarios, artistas, toreros, representantes de comercio y futbolistas (Disp. Adic. Ley 26/1985 y RD 2.621/1986).
- Diputados y Senadores de las Cortes Generales (OM 2.865/2003).
- Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado (art. 14 TRLGSS).
- Españoles que tengan la condición de Diputado europeo (OM 1-6-1986).
- Personal no funcionario al servicio de representaciones diplomáticas acreditadas en España (Res. Secretaría General para la Seguridad Social 25-6-1984).
- Personas cuidadoras no profesionales de las personas en situación de dependencia (art. 3 RD 615/2007), a los solos efectos de prestaciones de jubilación, IP, muerte y supervivencia derivados de accidente o enfermedad, común o profesional. Esta protección se articula a través de un convenio especial.
- Personas que participen en programas de formación financiados por organismos o entidades públicos o privados, que vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, conlleven contraprestación económica para los afectados, siempre que en razón a dichos programas no viniesen obligados a estar de alta en la Seguridad Social (Disp. Adic. 3.ª LAAMSS y RD 1.493/2011).

## 2. EXCLUSIONES

El régimen de exclusiones del Régimen General de la Seguridad Social se encuentra regulado no sólo en el artículo 137 TRLGSS, sino también en los artículos 305, 7.2 y 137 TRLGSS. En atención a toda esta normativa, son dos los criterios utilizados para hacer las exclusiones: el parentesco y las características del propio trabajo.

### *A) Por razón de parentesco*

No tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena y por tanto estarán excluidos del Régimen General, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro de trabajo, cuando vivan en su hogar y estén a su cargo (art. 12.1 TRLGSS). Esta presunción del carácter familiar de los trabajadores es idéntica a la establecida en la normativa laboral [art. 1.3.e) TRLGSS] a excepción de la exigencia de que dichas personas estén a cargo del empresario.

No obstante, el trabajador autónomo podrá contratar como trabajador por cuenta ajena a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él, incluyéndolos en el Régimen General, aunque sin protección por desempleo (Disp. Adic. 10.<sup>a</sup> LETA y art. 12.2 TRLGSS).

### *B) Por razón de trabajo*

Atendiendo a las características propias del trabajo estarán excluidos del Régimen General:

- ✦ Los trabajos marginales que por su jornada o retribución no constituyan medio fundamental de vida (art. 7.5 TRLGSS), aunque esta exclusión no parece estar muy fundamentada hoy día con la regulación del trabajo a tiempo parcial.
- ✦ Los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad [art. 137. a) TRLGSS]. La razón de su exclusión es la carencia de las notas de dependencia, ajeneidad y retribución que son configuradoras de la relación laboral juntamente con la voluntariedad [art. 1.3.d) TRLET]. No obstante, en el caso de cuidadores del entorno familiar se les incluye en el Régimen General mediante la suscripción de un convenio especial (art. 2 RD 615/2007).
- ✦ Los trabajos incluidos en alguno de los RREE de la Seguridad Social [art. 137. b) TRLGSS]. En atención a la naturaleza de la actividad profesional y a sus peculiares condiciones de tiempo y lugar se han establecido unos RREE para los trabajadores por cuenta ajena dedicados a actividades agrícolas, forestales, pecuarias y del mar.
- ✦ Los socios de sociedades mercantiles capitalistas que no realicen actividad empresarial o profesional y cuya actividad consista en la mera administración del patrimonio de los socios.
- ✦ Los profesores eméritos de Universidad (Disp. Adic. 22.<sup>a</sup> LO 6/2001 y art. 127.c) TRLGSS).
- ✦ El personal licenciado sanitario emérito (Disp. Adic. 43.<sup>a</sup> LGSS).

## II. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Los actos de encuadramiento son actos administrativos instrumentales y, por lo tanto, derivados de la relación jurídica principal que contrae el Estado con los sujetos protegidos.

En el nivel contributivo de la Seguridad Social, como ya se ha visto, la relación jurídica de Seguridad Social se instrumentaliza a partir de la realización de una actividad profesional que da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Para ello es preciso que por parte del empresario se realicen los actos instrumentales de encuadramiento, cuyo incumplimiento además de dar lugar a una infracción administrativa (arts. 22 y 23 LISOS) le genera responsabilidades en orden a las

cotizaciones y prestaciones. Por el contrario, en el nivel asistencial de Seguridad Social la inclusión en el campo de aplicación se produce de manera automática.

Los denominados actos de encuadramiento que se estudiarán a continuación son: la inscripción de empresas en la Seguridad Social; la afiliación, altas y bajas de los trabajadores. Los referidos actos de encuadramiento se encuentran regulados en los artículos 99 a 102 LGSS y en el RIAAB.

## I. INSCRIPCIÓN DEL EMPRESARIO

### A) *Definición*

La inscripción se puede definir como aquel acto administrativo complejo por el cual se identifica al empresario en el ámbito de la Seguridad Social (aspecto subjetivo) al tiempo que aparece como empleador frente a ella (aspecto objetivo).

### B) *Sujeto obligado*

Los empresarios tienen la obligación como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades solicitar su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social ante la TGSS (arts. 138.1 TRLGSS y 5 RIAAB).

A estos efectos se considerará empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona natural o jurídica, pública o privada por cuya cuenta presten servicios los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General (art. 138.3 TRLGSS). De una manera expresa tienen la consideración de empresarios en el Régimen General (art. 10.1, segundo párrafo, RIAAB):

- El club o entidad deportiva respecto a los deportistas profesionales (RD 1.006/1985).
- El organizador de espectáculos públicos y casas musicales respecto a los artistas (RD 1.435/1985).
- El organizador de espectáculos taurinos respecto a los profesionales taurinos.
- Las Diócesis y organismos supradiocesanos respecto a los clérigos de la Iglesia Católica; las Iglesias evangélicas de España respecto a sus ministros del culto; las Comunidades israelitas de España respecto a sus ministros de culto y las Comunidades islámicas respecto a los dirigentes islámicos e imanes.
- El Departamento ministerial u organismo que abone los haberes al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero (RD 2.234/1981).
- El Departamento ministerial o la CA que haya recibido el traspaso de competencias respecto al personal interino al servicio de la Administración de Justicia.

En el supuesto de que el empresario incumpla con su obligación de inscripción en la TGSS, la TGSS podrá realizar la inscripción de oficio cuando tenga conocimiento de que la empresa no se ha inscrito, bien a través de la actuación de la ITSS o a través de los actos obrantes en su poder o en poder de las entidades gestoras (art. 20.1 RIAAB).

### C) *Organismo ante el que se realiza*

La solicitud de inscripción se formalizará ante la TGSS —dirección provincial o administración en cuyo ámbito territorial radique el domicilio del empresario— en modelo oficial (art. 11.3 RIAAB) o utilizando los medios o procedimientos electrónicos, informáticos y telemáticos establecidos al efecto (art. 38 RIAAB y OM 3-4-1995). Esta solicitud deberá contener los siguientes datos (art. 11.1 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Uno RD 708/2015, de 24 julio):

- ✦ Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente y del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- ✦ Los relativos a la denominación, domicilio y actividad económica principal de la empresa así como, en su caso, a otras actividades concurrentes con ella que impliquen la producción de bienes y servicios que no se integren en el proceso productivo de la principal, y si precisa o no que se le asignen diversos códigos de cuenta de cotización. También indicará el código o los códigos de convenio colectivo aplicables, en su caso, en la empresa y cuantos otros datos resulten necesarios para la gestión del sistema de Seguridad Social.
- ✦ Lugar y fecha de la solicitud de inscripción.
- ✦ Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- ✦ Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

A la solicitud deberá acompañarse los siguientes documentos (art. 11.2 RIAAB):

- ✦ Fotocopia del DNI o pasaporte cuando el empresario sea persona natural.
- ✦ Fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad cuando el empresario sea persona jurídica y título jurídico de la persona física a través de la cual actúa la sociedad.
- ✦ En el caso de CB o SCP debe aportarse además de la razón social, el nombre y domicilio de cada uno de los comuneros o socios, optando por inscribirla con el nombre completo de ellos (OM 27-7-1989).
- ✦ Documento de opción de la cobertura de los riesgos profesionales por una MCSS o por el INSS.
- ✦ Documento por el que opta cubrir las prestaciones económicas por IT por contingencias comunes por una MCSS o por el INSS.

La inscripción del empresario se practicará desde el mismo momento de la solicitud y en el caso de que el empresario no aporte los datos y documentos necesarios, la TGSS requerirá al empresario para que los subsane en el plazo de diez días, en caso contrario se le tiene por desistido (art. 13.1 RIAAB). En el supuesto de que la TGSS no tuviere por ciertos los hechos aducidos por el empresario podrá abrir un período de prueba e incluso solicitar los informes que considere oportunos. Una vez finalizada la instrucción del procedimiento de inscripción e inmediatamente antes de practicarla, se pondrán de manifiesto las actuaciones a los interesados o, en su caso, a sus representantes (art. 13.2 RIAAB).

#### *D) Reconocimiento de la inscripción*

Mediante el acto administrativo de inscripción, la TGSS asignará al empresario un número único de inscripción para su individualización en el Régimen General que será considerado el primero y principal código de cuenta de cotización, al que se vincularán todas aquellas otras cuentas de cotización que puedan asignársele en la misma o distinta provincia (art. 13.3 RIAAB). Además del código de cuenta de cotización principal, la TGSS podrá asignar al empresario otros números o códigos de cuentas de cotización a efectos del control de la misma o para cualquiera otra finalidad de gestión. Cuando el empresario tenga varias cuentas de cotización, en cualquier momento posterior a la inscripción podrá designar cualquiera de ellas como cuenta principal de la sede de su empresa. La TGSS entregará al empresario el correspondiente justificante de la inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que conste el número de inscripción asignado al mismo así como, en su caso, los demás números o códigos de cuenta de cotización, advirtiéndole del derecho que le asiste a formular las impugnaciones que procedan (art. 13.4 RIAAB).

Asimismo, cuando el empresario hubiere optado para la protección frente a las contingencias profesionales y para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por una entidad gestora, la TGSS formalizará el documento para la protección de tales

contingencias por dicha entidad gestora y si el empresario hubiese optado por una o varias MCSS la formalización del documento o documentos de asociación por la entidad o entidades colaboradoras interesadas (art. 14.2 RIAAB).

Para la formalización del documento de asociación o de cobertura, se realizarán por parte de la TGSS las actuaciones siguientes (art. 14.3 RIAAB):

- Practicará la tarificación que corresponda, asignando los tipos de cotización que resulten aplicables al empresario en función de la tarifa de primas vigente para la cotización a la Seguridad Social por AT y EP.
- Comunicará al empresario de forma simultánea a la de su inscripción los tipos de cotización aplicables, advirtiéndole del derecho que le asiste a formular frente a ella las impugnaciones que procedan.
  - Si el empresario hubiera optado por una entidad gestora de la Seguridad Social, la tarificación se consignará en el documento de cobertura correspondiente, que la TGSS remitirá al empresario debidamente cumplimentado.
  - Si la opción u opciones del empresario fuese a favor de una o varias -MCSS la TGSS remitirá a la MCSS afectada, información sobre la inscripción y tarificación practicada al empresario. A su vez, la MCSS remitirá al empresario un ejemplar del documento de asociación y, en su caso, del documento de cobertura anexo, dentro de los quince días siguientes al de su recepción y con indicación del correspondiente código de cuenta de cotización.

Los documentos de asociación y de cobertura formalizados surtirán efectos desde el día de iniciación de la actividad, salvo que la solicitud de inscripción del empresario fuere presentada en la TGSS con posterioridad al inicio de la actividad, en cuyo caso la fecha inicial de efectos de aquellos documentos será la del día de la presentación. Estos documentos mantendrán su vigencia por el período de un año, debiendo coincidir, en todo caso, su vencimiento con el último día del mes y se entenderán prorrogados automáticamente, salvo denuncia en contrario, por períodos de igual duración o, en su caso, hasta el cese de la empresa en su actividad si éste fuere anterior, siempre que dicho cese tenga una duración mínima de cinco días hábiles. No obstante, el empresario podrá efectuar nuevas opciones a la reanudación de su actividad, cuando la misma se produzca una vez transcurrido el plazo de inactividad, sin que sea necesaria la formulación y tramitación de nueva opción si el empresario mantuviere la cobertura con la misma entidad gestora o colaboradora (art. 13.4 RIAAB).

La inscripción será única y válida en todo el territorio nacional y para toda la vida de la persona física o jurídica titular de la empresa (art. 15 RIAAB). Dicho acto administrativo deberá conservarse durante el plazo de cinco años. A su vez, la TGSS inscribirá a la empresa en el Registro de empresarios que emplean trabajadores por cuenta ajena o asimilados (art. 16.1 RIAAB), el cual constará de los datos necesarios para desarrollar la gestión del Sistema de la Seguridad Social (art. 16.3 RIAAB). No obstante, cuando la TGSS tuviese conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos para estar inscritas en el correspondiente régimen de Seguridad Social procederá de oficio a dejar sin efecto la inscripción realizada, sin perjuicio de las actuaciones procedentes en orden al inicio de las actuaciones sancionadoras o penales si fueran procedentes (art. 20.4 RIAAB introducido por la Disp. Final 3.ª LLEIFSS).

### *E) Variación de datos*

Los empresarios, asimismo, tienen la obligación de comunicar las variaciones que se produzcan en los datos facilitados al solicitar su inscripción en los casos de cambio de nombre de la persona física o de denominación de la persona jurídica inscrita con anterioridad; cambio del domicilio legal del empresario; cambio de la entidad que cubra las contingencias de AT y EP y, en su caso, la prestación económica por



IT derivada de contingencias comunes; identificación de los contratistas y subcontratistas; cambio de convenio o convenios aplicables en la empresa y cambio de actividad económica (art. 17.1 RIAAB).

Las variaciones deberán comunicarse en el plazo de tres días naturales contados a partir de la fecha en que se produzcan, salvo que se refieran al cambio de entidad que deba asumir la protección de las contingencias de AT y EP y, en su caso, de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes, en cuyo caso, el documento declarativo de la nueva opción y cese de la anterior se presentará con una antelación de diez días naturales a su efectividad (art. 17.2 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Dos RD 708/2015,).

#### *F) Extinción de la empresa, cese de la actividad y sucesión en la titularidad o actividad*

Los empresarios también tienen la obligación de comunicar la extinción de la empresa o el cese temporal o definitivo de su actividad a la TGSS en la misma provincia en que se practicó la inscripción, en modelo oficial, y en el plazo de tres días naturales siguientes a aquel en que una u otro se produzcan (art. 18.1 RIAAB, según redacción dada por el art. 1.Tres RD 708/2015). No obstante, cuando una empresa esté en situación de baja temporal sin haber comunicado a la TGSS la extinción de la misma o el cese de actividad y hayan transcurrido doce meses sin demostrar su continuidad, se iniciará expediente de oficio para que, en base a las alegaciones del empresario debidamente justificadas o de los demás hechos acreditados en el mismo, se adopte la resolución que proceda sobre la extinción o el cese o sobre la continuidad de la misma (art. 18.2 RIAAB). Sin embargo, si continuase la prestación de trabajo, las comunicaciones de la extinción de la empresa o del cese en la actividad, por sí solas, no surtirán efectos ni en lo que respecta a la extinción en la inscripción de la empresa o a la anotación del cese en el Registro de empresarios, ni en cuanto a la extinción de las obligaciones y responsabilidades del empresario con la Seguridad Social, aunque dicha extinción o cese se hubieren llevado al Registro de empresarios (art. 18.3 RIAAB).

La sucesión en la titularidad de la empresa o en la actividad de su centro o centros de trabajo dará lugar a un cambio en el Registro de empresarios de tal manera que se tome razón de la extinción de la empresa o del cese en la actividad del empresario, así como a una nueva inscripción y anotación a nombre del nuevo titular, si éste no estuviere ya inscrito, o solamente a una nueva anotación, si el nuevo titular figurase ya inscrito como empresario (art. 19.1 RIAAB). Este cambio de inscripción y anotación deberá solicitarse dentro del plazo de seis días naturales siguientes a aquel en que la sucesión se produzca (art. 19.2 RIAAB).

En el supuesto de que el empresario incumpliera la obligación de comunicar el cese de la actividad de la empresa y además no diera de baja a sus trabajadores, la TGSS deberá proceder de oficio a tomar razón en el Registro de Empresarios de la extinción de la empresa, del cese de actividad y de la baja de los trabajadores, previa comunicación individual de los interesados, o de desconocerse su domicilio o no haberse podido practicar dicha comunicación, previa notificación mediante anuncio publicado en el BOE (art. 20.2 RIAAB, según redacción dada por el art. 1.Cuatro del RD 708/2015).

#### *G) Efectos de la inscripción indebida*

La inscripción indebida del empresario dará lugar a la anotación en el Registro establecido al respecto y sus efectos serán desde la fecha fijada en la resolución administrativa que la declare indebida (art. 57.1 RIAAB), sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir el empresario que hubiere obrado con dolo, negligencia o morosidad, a tal efecto la TGSS dará cuenta de los hechos a la ITSS y ejercerá las demás acciones pertinentes (art. 57.2 RIAAB).

Cuando sean declaradas indebidas la formalización de la protección frente a las contingencias de AT y EP y/o la tarificación correspondiente o, en su caso, la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, la entidad gestora o colaboradora formalizará, si procediese, un nuevo documento de

asociación o de cobertura para la protección de dichas contingencias a través de la entidad y/o la tarificación que proceda, con efectos desde que se iniciara el procedimiento administrativo en el que se dicte la resolución que hubiere declarado indebidamente la anterior formalización de la cobertura o la anterior tarificación (art. 58.1 RIAAB).

- ✦ Si la tarificación indebida hubiera sido por causa imputable al empresario, la resolución en que así se declare surtirá efectos desde que concurriera dicha causa, debiendo procederse a las reclamaciones o a las devoluciones de cuotas (art. 58.1.1 RIAAB).
- ✦ Si la causa de la tarificación indebida fuera imputable a error de la TGSS no se aplicará recargo alguno a la diferencia o, se devolverá el exceso, en su caso (art. 58.1.2 RIAAB).
- ✦ Si la formalización y la tarificación del documento de asociación y, en su caso, la opción de cobertura de la prestación por incapacidad temporal que resulten indebidamente se hubiere producido con dolo, negligencia o morosidad no procederá la devolución de las cuotas ingresadas maliciosamente (art. 58.2 RIAAB).

#### *H) Impugnaciones y jurisdicción competente*

Los actos de la TGSS en materia de inscripción de empresas podrán ser impugnados en la forma, plazos y demás condiciones establecidos en la LRJPAC (art. 63.2 RIAAB), debiendo dictarse resolución por parte de la TGSS en el plazo máximo de cuarenta y cinco días (art. 63.1 RIAAB).

El conocimiento de los recursos a las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas por parte de la TGSS corresponde al orden contencioso administrativo [arts. 63.2 RIAAB y 3.f) LJS].

## 2. AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE LOS TRABAJADORES

### *A) Afiliación*

#### *a) Definición*

La afiliación es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a una persona su condición de incluida en el Sistema de Seguridad Social cuando es la primera vez que realiza una actividad determinante de su inclusión, constituyendo título jurídico suficiente para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones (art. 6 RIAAB).

A pesar de ello, algunos autores consideran que el acto de afiliación carece de relevancia práctica, ya que se trata más propiamente de un alta inicial, de efectos meramente burocráticos, dado que no determina las relaciones jurídicas básicas de cotización y protección. Otros autores, sin embargo, consideran que la afiliación implica el alta inicial del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social o en el que corresponda. Lo cierto es que este acto administrativo carece de eficacia constitutiva, por lo que el incumplimiento del mismo sólo genera responsabilidad administrativa pero no excluye al trabajador de la protección de la Seguridad Social.

Las notas características del acto administrativo de afiliación son las siguientes:

- ✦ Es obligatoria para todas las personas físicas comprendidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social como trabajadores.
- ✦ Es única para todo el sistema, tanto para el RG como para los RREE.
- ✦ Es vitalicia, por lo que el empresario sólo deberá solicitar la afiliación de los trabajadores que vayan a ingresar a su servicio y que no estén afiliados (art. 139.1 TRLGSS).
- ✦ Es excluyente, ya que por un mismo trabajo no se pueden incluir a una persona en otros regímenes de previsión distintos de los que integran el sistema (art. 8.1 TRLGSS).

#### b) Sujeto obligado

La afiliación es una obligación del empresario, el cual deberá solicitarla respecto de quienes, no estando afiliados, ingresen a su servicio (arts. 139 TRLGSS y 24 RIAAB) y su incumplimiento constituye una infracción administrativa grave (art. 22.2 LISOS).

No obstante, si el empresario no cumpliera con sus obligaciones en materia de afiliación, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados podrán solicitar directamente su afiliación y alta inicial a la TGSS, en cualquier momento posterior a la constatación del incumplimiento empresarial. De estas solicitudes la TGSS dará traslado a la ITSS al objeto de las comprobaciones y demás efectos que procedan (art. 25.2 RIAAB).

La afiliación también podrá efectuarse de oficio por la TGSS cuando, como consecuencia de la actuación de la ITSS o de los datos obrantes en las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación. En este supuesto, la TGSS dará cuenta a la ITSS, salvo que su actuación sea como consecuencia de la misma, al objeto de efectuar las comprobaciones y demás efectos que procedan (art. 26 RIAAB).

#### c) Organismo ante el que se realiza la afiliación

La solicitud de afiliación se dirige a la TGSS de la provincia donde se ubica la empresa en la que va a prestar servicios el trabajador, en modelo oficial, aportando fotocopia del DNI de la persona a afiliar o documento equivalente (art. 27 RIAAB). Esta solicitud junto con los documentos señalados puede remitirse por correo o fax o por cualquier procedimiento informático o telemático (art. 38 RIAAB; OM 3-4-1995 y Res. 23-5-1995), con anterioridad a la iniciación de los servicios del trabajador.

Existen una serie de supuestos que presentan una serie de particularidades en lo que respecta a la documentación que hay que acompañar juntamente con la solicitud de afiliación a la Seguridad Social:

- ✦ Cuando la solicitud de afiliación es para un familiar del empresario que reúne los requisitos exigidos para su inclusión como trabajador por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, además de la documentación prevista con carácter general, hay que adjuntar una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena en la actividad que da lugar a su encuadramiento en el Régimen General, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario del mismo y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto, pudiendo requerirse por la TGSS informe de la ITSS (art. 40.1 RIAAB).
- ✦ Cuando la solicitud de afiliación es de un trabajador extranjero, además de los datos y documentos exigidos a los trabajadores españoles, deberá acompañarse la documentación acreditativa de su nacionalidad y de la autorización administrativa para trabajar, salvo que se trate de ciudadanos comunitarios (art. 42.1 RIAAB).
- ✦ Cuando las solicitudes de afiliación se refieran a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, además de la documentación exigida con carácter general, deberá acompañarse certificado de inscripción de la cooperativa en el registro correspondiente y copia de los estatutos en los que conste la opción de aquella por el Régimen General o por el RETA (art. 41.3 RIAAB).

#### d) Reconocimiento de la afiliación

Con carácter previo a la afiliación, el trabajador debe disponer del número de Seguridad Social que lo identifique en sus relaciones con la Seguridad Social como afiliado (art. 21.1 RIAAB), de tal manera que si el trabajador no lo tuviera deberá solicitarlo en la TGSS, para lo cual bastará la exhibición o acompañar su DNI o, si fuere extranjero, el correspondiente documento de identificación (art. 21.2 RIAAB). La TGSS, por su parte, facilitará a cada solicitante el documento identificativo del mismo en la Seguridad Social, en el que necesariamente constará el número de la Seguridad Social de su titular y los demás

datos que se consideren oportunos por el MEYSS (art. 22.1 RIAAB). A través de este documento identificativo se acreditarán los datos de la Seguridad Social que figuren en el mismo, ante todas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como ante las demás Administraciones públicas (art. 22.2 RIAAB). El número de Seguridad Social, de esta manera, se convertirá automáticamente en número de afiliación de las personas que por primera vez se incluyen en el Sistema de la Seguridad Social, el cual tendrá carácter vitalicio y válido para todo el territorio del Estado (art. 34.2 RIAAB).

La TGSS mediante el acto administrativo de reconocimiento, una vez efectuadas las comprobaciones pertinentes, procederá a reconocer o no el derecho a la afiliación, mediante resolución motivada, en la que debe constar la forma y plazo de impugnación (art. 33 RIAAB).

Una vez reconocida la afiliación de los trabajadores y asimilados la TGSS procederá a registrar la misma en el fichero general de afiliación, en el que figurarán todos los comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social. Este Registro estará a cargo de la propia TGSS y contendrá los datos y la organización necesarios para desarrollar la gestión del Sistema de la Seguridad Social (art. 34.1 RIAAB) incluido el número de Seguridad Social del trabajador.

El reconocimiento de la condición de afiliado a la Seguridad Social dará derecho a obtener el documento de afiliación a la Seguridad Social, que será expedido y, en su caso, renovado por la TGSS. El documento de afiliación contendrá, además del número de la Seguridad Social, los datos que determine el MEYSS y acreditará preferentemente la condición de afiliado que le hubiere sido reconocida (art. 34.2 RIAAB) y le será entregado al trabajador (art. 34.4 RIAAB).

La afiliación junto con otros requisitos es necesaria para la obtención de la acción protectora de la Seguridad Social y con el alta da lugar al nacimiento de la obligación de cotización (art. 165 TRLGSS).

#### e) Variaciones de datos

Las variaciones de datos posteriores a la afiliación deberán ser comunicadas en el plazo de tres días naturales a la TGSS, por el empresario y en su caso, por el trabajador mediante los modelos oficiales o por el sistema establecido al efecto (art. 28.1 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Cinco RD 708/2015). La comunicación de variación de datos deberá ser firmada por el trabajador debiendo acompañarse la documentación que la acredite para que surta efectos (art. 28.2 RIAAB). En caso de incumplimiento de estas obligaciones la TGSS dará cuenta a la ITSS a los efectos que procedan (art. 28.3 RIAAB).

#### f) Efectos de la afiliación indebida

La afiliación indebida de personas excluidas del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social determinará la reposición a la situación existente al momento anterior a dicha afiliación indebida (art. 59.1 RIAAB) y si se hubiesen efectuado cotizaciones por dichas personas no surtirán efecto alguno y darán lugar a la devolución de las mismas, previa deducción del importe de las prestaciones que se hubieren causado, siempre que unas y otras no estén prescritas (art. 59.2 RIAAB).

#### g) Impugnaciones y jurisdicción competente

Los actos de la TGSS en materia de afiliación de trabajadores podrán ser impugnados en la forma, plazos y demás condiciones establecidos en la LRJPAC (art. 63.2 RIAAB), debiendo dictarse resolución por parte de la TGSS en el plazo máximo de cuarenta y cinco días (art. 63.1 RIAAB).

El conocimiento de los recursos a las resoluciones y actos dictados en materia de afiliación por parte de la TGSS corresponden al orden contencioso administrativo [arts. 63.2 y 3.f) LJS]. Esta competencia material fue atribuida al orden contencioso administrativa por una ley ordinaria (art. 23 Ley 52/2003), sin modificar la LOPJ, lo que ha dado lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, pendiente de resolución.

## B) Altas de los trabajadores

Las altas de los trabajadores al igual que las bajas son dos actos instrumentales que a pesar del actual sistema de remisión electrónica de datos (sistema RED), no dejan de tener una cierta complejidad burocrática propia de un sistema de Seguridad Social anticuado. Sería muy recomendable que estos actos instrumentales de las relaciones jurídicas básicas de cotización y protección se fueran simplificando al mismo tiempo que se fuera generalizando el principio de automaticidad de las prestaciones. No obstante, estos actos tienen una naturaleza meramente declarativa, por lo que su incumplimiento no excluye al trabajador de la acción protectora de la Seguridad Social.

### a) Definición

El alta del trabajador es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que inicia una actividad laboral su condición de incluida en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social con los derechos y obligaciones correspondientes (art. 7 RIAAB).

El alta de los trabajadores se caracteriza por las siguientes notas:

- ✦ Es obligatoria para las personas comprendidas en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.
- ✦ No es única ni general para todos los regímenes de la Seguridad Social pudiendo ser múltiples o sucesivas. Respecto a las altas múltiples o simultáneas cabe distinguir entre el pluriempleo y la pluriactividad. El pluriempleo se produce cuando un trabajador por cuenta ajena presta servicios a dos o más empresas del mismo régimen de Seguridad Social, mientras que la pluriactividad implica el alta en empresas pertenecientes a distintos regímenes de Seguridad Social.
- ✦ No es vitalicia dado que deja de tener efectos con el cese en la actividad.

### b) Clases de altas

Existen tres clases de altas: la real, la presunta y la asimilada al alta.

- ✦ El alta real, a la que se hará referencia en los apartados siguientes, es aquella que se produce con el inicio de la prestación de servicios del trabajador en la empresa, se mantiene en tanto en cuanto siga prestando servicios y ha sido reconocida por la TGSS. El período de prueba se considera como de inicio de la prestación de servicios.
- ✦ El alta presunta se produce en aquellos supuestos en que la empresa ha incumplido con su obligación de afiliar, dar de alta y cotizar. En estos casos, la TGSS de manera automática, en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, protege al trabajador, con las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria (art. 166.4 TRLGSS) a las que se ha añadido posteriormente el riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (art. 29.2 RIAAB), sin perjuicio de que posteriormente pueda dirigirse contra el empresario responsable.
- ✦ El alta asimilada se produce en aquellas situaciones en que por imperativo legal el trabajador mantiene la relación jurídica con la Seguridad Social a pesar de que los efectos de su contrato de trabajo se hayan suspendido o incluso extinguido. Se consideran altas asimiladas las siguientes (arts. 166 TRLGSS y 36 RIAAB):
  - Períodos de vacaciones retribuidas y que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato de trabajo (salvo contingencias de riesgo durante embarazo y lactancia).
  - Excedencia forzosa.
  - Excedencia voluntaria por cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo.



- Trabajadores en situación legal de desempleo, total y subsidiado y la situación de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial y mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.
- Traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- Suscripción de convenio especial con la Seguridad Social.
- Los períodos de IT.
- Períodos de inactividad entre campaña y campaña de los trabajadores de temporada, aunque no exista convenio especial.
- Períodos de prisión en los supuestos previstos en la Ley de Amnistía de 1977.
- Períodos de tramitación de los procesos de despido a los efectos de asistencia sanitaria (OM 14-9-1984).
- Trabajadores inactivos después de haber prestado servicios en puestos de trabajo con riesgos de contraer enfermedad profesional, a los efectos de que pueda declararse una invalidez permanente por dicha contingencia.
- Trabajadores durante el ejercicio de la huelga y el cierre patronal.
- A efectos de asistencia sanitaria, los trabajadores que hubieran permanecido 90 días en alta dentro de los 365 días naturales inmediatamente anteriores al de la baja.
- Trabajadores perceptores de ayudas previas a la jubilación ordinaria afectados por procesos de reestructuración de empresa, salvo en lo que respecta a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y de las prestaciones derivadas de contingencias comunes que no tengan la naturaleza de pensiones (art. 5 RDAJUREM).

#### c) Sujetos obligados

El alta en la Seguridad Social es una obligación del empresario, el cual deberá comunicar a la TGSS la iniciación en la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa (arts. 100 LGS y 29.1.1 RIAAB). El incumplimiento de esta obligación además de una infracción administrativa grave (art. 22.2 LISOS) podrá dar lugar a que los trabajadores por cuenta ajena insten directamente de la TGSS su alta en la Seguridad Social (art. 29.1.2 RIAAB).

Por su parte, el incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso de los trabajadores dará lugar a que sus altas puedan ser efectuadas de oficio por la TGSS (art. 29.1.3 RIAAB).

#### d) Organismo ante el que se presenta el alta

La solicitud de alta se presentará ante la dirección provincial de la TGSS o la Administración de la misma de la provincia en que se encuentre abierta la cuenta de cotización del empresario para el que va a prestar servicios el trabajador por cuenta ajena (art. 33.1 RIAAB).

La solicitud de alta se efectuará en el modelo oficial o por los sistemas especialmente establecidos al efecto (art. 30.1 RIAAB), como son los medios o procedimientos electrónicos, informáticos y telemáticos establecidos al efecto (art. 38 RIAAB y OM 3-4-1995).

Esta solicitud de alta deberá contener los siguientes datos: nombre o razón social del empresario, código de cuenta de cotización y régimen de Seguridad Social aplicable, nombre, apellidos y número de la Seguridad Social del trabajador, así como su número de DNI y domicilio, la fecha de iniciación de la actividad, el grupo de cotización, y la actividad económica u ocupación desempeñada, con arreglo a la tarifa de primas vigente. Asimismo, en el documento de alta también figurará el código o los códigos de convenio colectivo que, en su caso, resulten aplicables al trabajador por cuenta ajena, que deberán coincidir con el correspondiente al código de cuenta de cotización en el que vaya a producirse el alta (art. 30.2.1 RIAAB según redacción dada por el art. 1. Seis RD 708/2015).

La solicitud de alta deberán ir firmadas por el empresario y las solicitudes del alta efectuadas por el trabajador por cuenta ajena deberán ir firmadas en todo caso por el trabajador. En el supuesto de que las

altas se instrumentalicen por medios técnicos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la misma validez y eficacia que las presentadas mediante documentos, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (art. 30.4 RIAAB).

Existen una serie de supuestos que presentan una serie de particularidades en lo que respecta a la documentación que hay que acompañar juntamente con la solicitud de alta en la Seguridad Social:

- ✦ Cuando la solicitud de alta es para un familiar del empresario que reúne los requisitos exigidos para su inclusión como trabajador por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, además de la documentación prevista con carácter general, hay que adjuntar una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena en la actividad que da lugar a su encuadramiento en el Régimen General, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario del mismo y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto, pudiendo requerirse por la TGSS informe de la ITSS (art. 40.1 RIAAB).
- ✦ Cuando la solicitud de alta en el Régimen General es de un trabajador extranjero, además de los datos y documentos exigidos a los trabajadores españoles, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y de la autorización administrativa para trabajar, salvo que se trate de ciudadanos comunitarios (art. 42.1 RIAAB).
- ✦ Cuando se trata de situaciones de pluriempleo de sus trabajadores y el empresario las conozca, en la solicitud de alta hará mención expresa de dicha situación, así como de las retribuciones del trabajador para que por parte de las entidades gestoras y la TGSS se realicen de oficio las actuaciones que procedan a efectos de cotización y de protección. Asimismo, los trabajadores en situación de pluriempleo están obligados a comunicar tal situación a los respectivos empresarios y a la TGSS para que por ésta se inicien de oficio las actuaciones que procedan (art. 41.2 RIAAB).
- ✦ Cuando las solicitudes de alta se refieran a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, además de la documentación exigida con carácter general, deberá acompañarse certificado de inscripción de la cooperativa en el registro correspondiente y copia de los estatutos en los que conste la opción de aquélla (art. 41.3 RIAAB).

Las solicitudes de alta que no reúnan los requisitos anteriormente determinados podrán ser subsanadas, a petición de la TGSS, en un plazo de diez días para proceder a su subsanación, en caso contrario se tienen por desistidas (art. 31.2 RIAAB).

Respecto al plazo de presentación de las solicitudes de alta será en todo caso con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, con un máximo de sesenta días naturales a la fecha prevista para el inicio de la misma. No obstante, en casos excepcionales en que el día o días anteriores al inicio de la prestación de servicios fueren inhábiles o si dicha prestación se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico informático o telemático, los documentos para el alta inicial o sucesiva debidamente cumplimentados o, si ello no fuere posible por no disponer de los modelos reglamentarios se remitirán, asimismo con carácter previo y por dicho medio o cualquier otro procedimiento electrónico, informático o telemático, los datos que determine el MEYSS. En el supuesto de que el empresario no cumpliera su obligación de solicitar el alta de sus trabajadores o asimilados dentro de plazo, estos, sin perjuicio de las responsabilidades en que aquel pudieran incurrir, podrán solicitarla directamente en cualquier momento posterior a la constatación de dicho incumplimiento (art. 32.3.1 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Siete RD 708/2015).

e) Reconocimiento del alta

El reconocimiento del alta del trabajador por la TGSS determina su situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y por tanto, surte plenos efectos en orden a los derechos y obligaciones que se derivan de dicha situación. Estos efectos se producen a partir del día en que se inicie su actividad laboral (art. 35.1.1 RIAAB). No obstante, las solicitudes de alta presentadas con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios no surtirán efectos cuando el que la hubiere formulado comunique la no iniciación de la prestación de servicios del trabajador por los medios o procedimientos utilizados para solicitar dicha alta previa (art. 35.1.1 RIAAB).

Las solicitudes de altas presentadas fuera de plazo sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que de aplicarse el sistema de autoliquidación de cuotas se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate (art. 35.1.1, tercer párrafo, RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Ocho RD 708/2015).

Por su parte, las solicitudes defectuosas surtirán efectos, cuando se subsanen en el plazo de diez días los datos o documentos omitidos y requeridos (art. 35.1.1, cuarto párrafo, RIAAB).

Las altas practicadas de oficio por la TGSS retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por unas u otras y si el alta de oficio se produce como consecuencia de la actuación de la ITSS, los efectos de la declaración del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo en el caso de que ésta hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se haya producido la orden superior o la instancia de la entidad gestora o en que hayan tenido entrada las referidas instancias, denuncia, queja o petición. No obstante, cuando la actuación de la ITSS consista en un requerimiento de pago de cuotas o en un acta de liquidación elevada a definitiva en vía administrativa por la TGSS, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta (art. 35.1.2 RIAAB).

f) Variaciones de datos

Las variaciones que puedan producirse en los datos de los trabajadores en alta causarán efectos a partir del momento en que aquéllas se produzcan, siempre que sean comunicadas a la TGSS dentro de los tres días naturales siguientes a aquel en que la variación se produzca y mediante los modelos oficiales o por el sistema establecido al efecto. En otro caso surtirán efectos a partir del día en que se comuniquen, salvo cuando la variación producida en una fecha anterior tuviera repercusión en la cotización, en cuyo caso retrotraerá sus efectos al día en que hubiera tenido lugar, procediendo tanto la reclamación de las cuotas que resulten exigibles como el derecho a la devolución de aquellas que hubieran sido ingresadas indebidamente (art. 37.1 RIAAB, según el art. 1. Nueve RD 708/2015).

g) Efectos de las altas indebidas

Las altas indebidas en el Régimen General de la Seguridad Social de personas que no deban figurar incluidas en su campo de aplicación determinará la reposición a la situación existente al momento anterior a dicha afiliación indebida y si se hubiesen efectuado cotizaciones por dichas personas, hayan causado o no prestaciones, no surtirán efecto alguno y darán lugar a la devolución de las mismas, salvo que hubieran sido ingresadas maliciosamente, previa deducción del importe de las prestaciones que se hubieren causado, siempre que unas y otras no estén prescritas (art. 60.1 RIAAB en relación con los arts. 59.1 y 59.2 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Trece RD 708/2015).

El alta indebida en el Régimen General de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro Régimen distinto será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación (art. 60.2 RIAAB). No obstante, las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del Régimen General en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del Régimen de inclusión procedente.

#### *h) Impugnaciones y jurisdicción competente*

Los actos de la TGSS en materia de altas de trabajadores podrán ser impugnados en la forma, plazos y demás condiciones establecidos en la LRJPAC (art. 63.2 RIAAB), debiendo dictarse resolución por parte de la TGSS en el plazo máximo de cuarenta y cinco días (art. 63.1 RIAAB).

El conocimiento de los recursos a las resoluciones y actos dictados en materia de altas de trabajadores por parte de la TGSS corresponden al orden contencioso administrativo [art. 63.2 RIAAB y art. 3.f) LJS y STC 121/2011].

### *C) Bajas de los trabajadores*

#### *a) Definición*

La baja es un acto administrativo mediante el que se declara extinguida la relación de Seguridad Social respecto de un sujeto protegido determinado, por lo que se le excluye del campo de aplicación del Régimen General, y por tanto, cesa también la obligación de cotizar.

La baja en la Seguridad Social se produce cuando el trabajador cesa en la actividad por la que estaba dado de alta, no teniendo tal consideración la situación de IT ni aquellas otras asimiladas a la de alta en las que se mantenga la obligación de cotizar por parte del empresario (arts. 29.1.1.º y 29.3 RIAAB). También hay que cursar la baja cuando el trabajador se traslade a un centro de trabajo del mismo empresario situado en diferente provincia y cuando aun dentro de la misma provincia, hubieren cambiado de centro de trabajo con código de cuenta de cotización diferente o cuando por cualquier causa proceda su adscripción a una cuenta de cotización distinta (art. 29.1.1.º RIAAB).

#### *b) Sujetos obligados*

La baja en la Seguridad Social es una obligación del empresario, el cual deberá comunicar a la TGSS el cese en la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa (arts. 100 LGS y 29.1.1 RIAAB). El incumplimiento de esta obligación además de una infracción administrativa leve (art. 21.3 LISOS) podrá dar lugar a que los trabajadores por cuenta ajena insten directamente de la TGSS su baja en la Seguridad Social (art. 29.1.2 RIAAB).

Por su parte, el incumplimiento de las obligaciones de comunicar el cese en la prestación de servicios de los trabajadores dará lugar a que sus bajas puedan ser efectuadas de oficio por la TGSS (art. 29.1.3 RIAAB).

#### *c) Organismo ante el que se presenta la baja*

La solicitud de baja, en modelo oficial, se dirige a la TGSS de la provincia donde se cursó el alta del trabajador. Los datos que deben constar en la solicitud son: los relativos a la identificación del trabajador y del empresario, la fecha y causa de la baja, los relativos a las peculiaridades en materia de cotización y acción protectora y, en su caso, la fecha de finalización de las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral (art. 30.3 RIAAB).

Las bajas que se instrumenten por medios técnicos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de las solicitudes presentadas mediante documentos, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por la TGSS y por los interesados (art. 30.4 RIAAB).

Por otro lado, los sujetos obligados a solicitar las bajas en el campo de aplicación del Régimen General deberán acreditar que los trabajadores han dejado de reunir los requisitos para su inclusión en el mismo, mediante la presentación de los documentos o informes que les sean solicitados por la TGSS, siempre que no obren en poder de la misma y sean necesarios a los fines indicados (art. 31.1 RIAAB).

En el supuesto de que la solicitud de baja no reune los requisitos establecidos ni se acompañare la documentación reglamentaria se requerirá a quien la hubiere presentado para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición y se realizarán de oficio las actuaciones que procedan, notificándose a la ITSS a los efectos pertinentes (art. 31.2 RIAAB).

En todo caso, la TGSS podrá solicitar de la ITSS los informes precisos sobre la concurrencia de los hechos y demás circunstancias determinantes de la baja solicitada (art. 31.3 RIAAB).

El plazo para solicitar la baja es de seis días naturales desde que se produce el cese en la prestación de servicios (art. 32.3.2.º RIAAB).

#### d) Reconocimiento de la baja

El reconocimiento de la baja por la TGSS, mediante la devolución al interesado por duplicado del parte de baja, determina la situación de baja del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, declarándose extinguida la relación de Seguridad Social respecto al mismo y la obligación de la empresa de cotizar por dicho trabajador (art. 35.2.2.º RIAAB). En el supuesto de que la TGSS se niegue a conceder la baja, resolverá mediante acuerdo motivado.

En los casos de que se tramite la baja fuera de plazo o en modelo distinto a los establecidos legalmente, no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el día en que TGSS conozca el cese o hasta el día en que se produzca la actuación inspectora o se reciban los documentos (art. 35.2.2.º RIAAB).

En el supuesto de que la baja se haya efectuado de oficio, la obligación de cotizar del empresario se extinguirá desde el mismo día en que se haya producido la actuación inspectora o hayan sido recibidos los documentos que acrediten el cese en el trabajo por cuenta ajena. No obstante, los interesados podrán probar por cualquiera de los medios admitidos en derecho que el cese en la prestación de servicios tuvo lugar en otra fecha, a efectos de la obligación de cotizar, con la consiguiente devolución de cuotas indebidamente ingresadas, salvo que hubieran prescrito y no fuera exigible su devolución.

#### e) Efectos de las bajas indebidas

La resolución administrativa que declare indebida la baja en el Régimen General determinará que el trabajador o asimilado sea considerado en situación de alta, a todos los efectos (art. 61.1 RIAAB).

- ✦ Si la baja es declarada indebida por lesionar derechos fundamentales; haberse acordado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; resultar de imposible contenido; ser constitutiva de infracción penal o realizarse como consecuencia de ésta; haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido o tratarse de baja totalmente contraria al ordenamiento jurídico por carecer de los requisitos esenciales para la misma, el trabajador será considerado en alta desde que concurriera dicha causa. Durante el período de baja declarada indebida subsistirá la obligación de cotizar, debiendo reclamarse las cuotas correspondientes a tal período (art. 61.1.1 RIAAB).
- ✦ Si la baja es declarada indebida por cualquier otra causa distinta de las anteriores, el trabajador será considerado en alta desde que se iniciare el procedimiento administrativo que declaró



indebida la baja, subsistiendo la obligación de cotizar durante dicho período y, en su caso, se reclamarán las cuotas correspondientes (art. 61.1.2 RIAAB).

- ✦ Si la baja es declarada indebida, cualquiera que fuera la causa, y continúa la prestación de servicios, persistirá la obligación de cotizar durante la baja indebidamente causada, reclamándose las cuotas pertinentes siempre que no estuvieran prescritas (art. 61.1.3 RIAAB, según redacción dada por el art. 1. Catorce RD 708/2015).
- ✦ Si la baja indebida, cualquiera que sea la causa de la misma, se hubiese producido con dolo, negligencia o morosidad, el que hubiere obrado de tal manera quedará sujeto a las responsabilidades a que haya lugar, dando cuenta la TGSS a la ITSS de tales hechos a efectos del levantamiento de las actas de infracción que procedan y ejercerá las demás acciones que le asistan (art. 61.1.4 RIAAB).
- ✦ Si las bajas fueran declaradas indebidas por resolución judicial firme surtirán los efectos que la misma determine y, en su defecto, se aplicarán los criterios expuestos (art. 61.2 RIAAB).

#### f) Impugnación y jurisdicción competente

Los actos de la TGSS en materia de bajas de trabajadores podrán ser impugnados en la forma, plazos y demás condiciones establecidos en la LRJPAC (art. 63.2 RIAAB), debiendo dictarse resolución por parte de la TGSS en el plazo máximo de cuarenta y cinco días (art. 63.1 RIAAB).

El conocimiento de los recursos a las resoluciones y actos dictados en materia de bajas de trabajadores por parte de la TGSS corresponden al orden contencioso administrativo [arts. 63.2 RIAAB y 3.f) LJS].

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CAMPO DE APLICACIÓN

- ÁVILA ROMERO, M.: «La Seguridad Social del clero y sus auxiliares seculares», *Diario La Ley*, 1984, tomo 4.
- CABANAS TREJO, R., y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: «Encuadramiento de los administradores de sociedades de capital en el régimen general de la Seguridad Social», *RJC*, n.º 4/1997.
- CANO GALÁN, Y.: «Denegación de alta en la Seguridad Social a trabajador minusválido por ausencia de autorización administrativa para ejercicio de actividad empresarial», *AS*, n.º 12/2001.
- FORTEZA, M.: «Establecimiento y afiliación de los administradores de empresas dentro del ámbito de la Unión Europea», *AJA*, n.º 843/2012.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Las vacaciones no disfrutadas por extinción de contrato de interinidad, pero pagadas, como situación asimilada al alta a efectos de reconocimiento posterior de Incapacidad Temporal por Accidente Común», *AS*, n.º 5/2004.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., y GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.: «La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social», *AS*, n.º 3/2003.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: «Campo de Aplicación de la Relación Laboral Especial de los Abogados y Régimen de Seguridad Social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 5/2006.
- LEONÉS SALIDO, J. M.: «El trabajo marginal: una frontera sin resolver», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 2/2003.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «Encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas», *AS*, vol. V, 1998.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, E.: «Los mediadores de seguros y su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social», *AS*, vol. III, 1999.
- MONEREO PÉREZ J.L. : «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* n.º 41/2016.
- MORENO JENE, J.: «La inclusión debilitada de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social», *AS*, n.º 17/2005.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «Las reformas de la Seguridad Social en abril de 2003. La profundización en la homogeneización de los regímenes especiales con el régimen general», *IL*, n.º 13/2003.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho», *AS*, vol. I, 1998.
- SEGUIDO GUADAMILLAS, J.: «Trabajador afiliado y dado de alta en la Seguridad Social, el mismo día en que sufre accidente de trabajo. ¿Responsabilidad de la empresa o de la mutua patronal?», *AS*, n.º 11/2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «¿Cuál es el Régimen de Seguridad Social adecuado para los socios que administran la empresa?», *AS*, tomo III, 1996.
- SOSA MANCHA, M.<sup>a</sup> T.: «Integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal que viniera percibiendo la acción protectora sustitutiva a través de la mutualidad de empleados de no-tarías», *AS*, vol. III, 1999.

### II. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

- BARRIOS BAUDOR, G. L.: «El alta y sus dispositivos de relativización: un enfoque sistemático “para” y “desde” la situación de incapacidad temporal», *AS*, vol. III, 1999.
- DE NO VÁZQUEZ, M.<sup>a</sup> F.: «La solicitud de baja presentada fuera de plazo en la Seguridad Social», *Diario La Ley*, 1994, tomo 1.

- ESCUADERO ALONSO, L.: «La jurisdicción competente para conocer sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social», *Consell Obert*, n.º 131/1999.
- FERNÁNDEZ-MEJÍAS SANTOS, M. T.: «Novedades en el ámbito procesal de la Seguridad Social: La atribución al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo de la impugnación de los actos de inscripción, afiliación, altas y bajas por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 14/2004.
- GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, S.: «Las afiliaciones y/o altas de oficio en la seguridad social y las liquidaciones de cuotas por la inspección de trabajo y seguridad social: su posible contradicción», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 1/2003.
- IGLESIAS CABERO, M.: «Algunas variantes del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social», *RMTAS*, n.º 39/2002.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La afiliación de los trabajadores en la Seguridad Social», *AS*, n.º 13/1996.
- «El alta de los trabajadores en la Seguridad Social», *RGD*, n.ºs 625-626/1996.
- «La inscripción de empresarios en el sistema de Seguridad Social», *RL*, 5/1997.
- «El nuevo régimen jurídico de las bajas de los trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social», *AL*, n.º 22/1996.
- «Análisis del nuevo Reglamento General sobre cotización de la Seguridad Social: normas comunes del sistema», *Diario La Ley*, 1996, tomo 3.
- MERCADER UGUINA, J., y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «El Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas», *RL*, n.º 9/1996.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «Novedades en cuanto a la cotización y recaudación dentro del Sistema de Seguridad Social a partir de 1997», *RL*, n.º 8/2007.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El paro involuntario no subsidiado (sin demanda de empleo) como posible situación asimilada a la de alta», *AS*, vol. II, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y BARRIOS BAUDOR, G. L.: «La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social», *AS*, vol. 5, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J.: «Efectos del erróneo encuadramiento en Seguridad Social: el caso del socio mayoritario afiliado al Régimen General de la Seguridad Social», *AS*, tomo I, 1996.

## CAPÍTULO 7.

# RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

En este capítulo se van a estudiar las obligaciones instrumentales de cotización y recaudación que son de vital importancia para el mantenimiento del Sistema de la Seguridad Social y que hacen posible el percibo de las prestaciones, razón última del Sistema de la Seguridad Social.

La cotización de la Seguridad Social es una de las principales fuentes de financiación del Régimen General. Se empezará su estudio analizando el concepto desde una doble perspectiva: la económica y la jurídica. Por medio de la primera, se hará referencia a los recursos financieros de que se nutre el sistema para poder financiar las prestaciones y a través de la segunda al haz de relaciones jurídicas que vincula a la Administración Institucional con las empresas y los trabajadores y a aquella y éstos entre sí. La naturaleza jurídica de la obligación de cotizar no ha sido un tema pacífico en la doctrina científica, ya que las diversas visiones desde el campo civilista, tributario y laboral han dado enfoques muy distintos, de cuyas teorías se va a dejar una escueta referencia. Respecto a los sujetos, distinguiremos entre los sujetos obligados (empresas y trabajadores) y los sujetos responsables del pago (empresarios), haciendo especial mención a los responsables directos, solidarios y subsidiarios. Se analizará, también, el objeto de la cotización con el estudio de la base de cotización y el tipo de cotización y posteriormente la dinámica de la cotización con su nacimiento, duración, suspensión de la obligación y extinción de la misma y se concluirá con el análisis de los distintos supuestos especiales: cotización durante la situación de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, paternidad, pluriempleo, tiempo parcial y otros muchos otros supuestos.

Por último, se cerrará el capítulo con el estudio de la recaudación de los recursos financieros de la Seguridad Social. La gestión recaudatoria tiene como finalidad el garantizar el régimen público de Seguridad Social luchando contra el fraude y la morosidad y consiguiendo la realización de los créditos y demás derechos de Seguridad Social. Se estudiará a los sujetos responsables del pago de las deudas por cuotas Social, para posteriormente analizar el cumplimiento de la obligación de cotizar, en la que se distinguirán la recaudación en período voluntario, es decir, dentro del plazo reglamentario y la recaudación ejecutiva. Al estudiar la recaudación voluntaria se aludirá también a los aplazamientos y a los ingresos fuera de plazo a los que se aplicará el correspondiente recargo y a las actuaciones que pueden realizar la TGSS, mediante las Reclamaciones de deuda, y la ITSS, mediante las Propuestas de Liquidación, Actas de Liquidación y Requerimientos de pago de deuda. Se concluirá el capítulo tratando de la Recaudación Ejecutiva, que se inicia con la providencia de apremio y concluye con la realización del débito, la declaración de insolvencia total o parcial o el aplazamiento del débito.

## I. COTIZACIÓN

Nuestro Sistema de Seguridad Social es un sistema mixto estructurado en dos niveles: el contributivo o profesional y el asistencial o no contributivo. La CE (art. 41) parece fundamentarse en el modelo asistencial, sin embargo el nivel contributivo sigue siendo el más importante cuantitativamente y su sistema de financiación se basa en la cotización de los sujetos obligados. Las cuotas vienen a representar aproximadamente las dos terceras partes de los recursos financieros de la Seguridad Social y su porcentaje sobre el coste salarial (más de un 30 por 100) no deja de ser un constante motivo de queja de las organizaciones empresariales ante las dificultades de competitividad con las empresas del entorno europeo, aunque ya se ha anunciado que en los próximos años se van a reducir los tipos de cotización para paliar el incremento del IVA (art. 23 RDL-MESFO), lo que no deja de ser preocupante porque puede poner en peligro la estabilidad del sistema y, por ende, las prestaciones de la Seguridad Social.

### I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

#### A) *Concepto*

Desde un punto de vista económico, se puede definir a la cotización como uno de los recursos financieros con que se nutre el Sistema de Seguridad Social o, dicho de otro modo, como la suma dineraria que los cotizantes han de abonar a la TGSS.

Desde una perspectiva jurídica, la cotización se considera como una obligación jurídica relacional que vincula a ciertos individuos y entidades con el fin de contribuir al sostenimiento financiero de los regímenes de Seguridad Social, de acuerdo a los criterios establecidos legalmente.

El RGCL no define la cotización, pero al determinar su objeto precisa que la cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente determinado, llamado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a ello (art. 6 RGCL), y, además, especifica que la cuota es la cantidad resultante de dos operaciones. Por una parte, de aplicar un porcentaje, llamado tipo de cotización, sobre la base de cotización constituida por los salarios percibidos por el trabajador, de acuerdo con las normas aplicables. Por otra, de deducir, en su caso, el importe de las bonificaciones y/o deducciones que resulten aplicables.

#### B) *Naturaleza jurídica*

Distintas teorías, a lo largo del tiempo, han intentado dar una explicación acerca de la naturaleza jurídica de la cuota de Seguridad Social.

##### a) *Teoría de la cuota como prima*

Unos autores, provenientes del sector civilista, han visto semejanzas entre cuota de Seguridad Social y la prima de los seguros privados. Para ellos, la cuota sería un salario diferido o indirecto que el trabajador percibirá en forma de prestación en un momento posterior a la percepción de su salario directo. Esta teoría parece desconocer que el régimen imperante en el Sistema de la Seguridad Social es el de reparto y no el de capitalización, por lo que la cuota no puede tener el carácter de salario diferido.

##### b) *Teoría de la cuota como exacción parafiscal*

Otros autores han considerado que la cotización es una exacción parafiscal que tiene un régimen jurídico propio. Las semejanzas observadas por los partidarios de esta teoría entre la cuota y una exacción parafiscal se basan en que la cuota no pasa a formar parte de los ingresos del Estado, ni como ingresos



ni como gastos, se administra por entes autónomos dotados de autonomía gestora, no está proporcionada a la capacidad contributiva de los sujetos gravados, no afecta a toda la colectividad, sino tan sólo a determinados grupos y su destino no es hacer frente a necesidades colectivas, sino sólo indirectamente, enfrentándose con necesidades propias de ciertos grupos. Esta teoría se basa en la exclusión contenida en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, hoy derogada.

#### c) Teoría de la cuota como tributo

Desde sectores fiscalistas y fundamentándose en los principios constitucionales de la Seguridad Social (art. 41 CE), se considera que la cotización a la Seguridad Social tiene naturaleza tributaria y al venir impuesta por ley tiene carácter coactivo y no contractual. Este tributo se establece a favor de un ente público y para la realización de un interés, también público, por lo que los partidarios de esta doctrina consideran a la cuota como un impuesto. Sin embargo, existen diferencias importantes entre los impuestos y las aportaciones a la Seguridad Social, máxime si tenemos en cuenta que en nuestro Sistema de Seguridad Social sigue existiendo el nivel contributivo, mucho más importante cuantitativamente que el nivel asistencial, y que aquél se nutre básicamente con las aportaciones de empresarios y trabajadores, por tanto, la cuota grava ciertas magnitudes o bases imponibles que no revelan la capacidad económica del gravado y, además, las cuotas tienen un destino específico, como es el sostenimiento del Sistema de Seguridad Social, del que se benefician individualmente ciertos grupos, los beneficiarios.

#### d) Teoría de la cuota como prestación patrimonial pública

El sector mayoritario de la doctrina laboralista considera, con fundamento, que la cuota de Seguridad Social es una prestación patrimonial pública dotada de un régimen jurídico peculiar y especial (SSTS 9-5-1991 y 27-3-1999), que la diferencia de las primas, exacciones parafiscales e impuestos, por lo que tiene esa consideración de categoría jurídica *sui generis*.

## 2. SUJETOS

La relación jurídica de cotización es una relación jurídica básica para cuya materialización es preciso que se hayan cumplimentado previamente las obligaciones instrumentales de encuadramiento. Como sujetos de esta relación jurídica se deben distinguir entre los sujetos obligados y los sujetos responsables.

### A) Sujetos obligados

Los sujetos obligados son aquellos sujetos sobre los que pesa el deber de cotizar. Son sujetos obligados (arts. 141 TRLGSS y 11.1 y 22.1 RGCL):

- + Los trabajadores por cuenta ajena.
- + Los empresarios por cuya cuenta trabajen.

La única excepción a este sistema de doble aportación es que los empresarios están obligados y por su exclusiva cuenta a efectuar las cotizaciones completas para la cobertura de las contingencias de AT y EP (arts. 141.3 TRLGSS y 22.3 RGCL).

El peso cuantitativo económico de la aportación empresarial, denominada cuota patronal, es muy superior a la aportación de los trabajadores, denominada cuota obrera, y en todo caso superior a la del resto de países de la UE, lo que no deja de ser motivo de una constante reivindicación de la patronal española.

Por otra parte, y por imperativo legal (arts. 143 TRLGSS y 26.4 TRLET) se considerará nulo todo pacto, individual o colectivo por el cual el empresario o el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de la cuota a cargo del otro o renuncie a cualquiera de los derechos y obligaciones que en orden a la cotización le reconozca la normativa vigente.

## B) Sujetos responsables

El hecho de que la cotización se integre por las dos aportaciones, cuota patronal y obrera, no implica que cada uno de estos sujetos deba ingresar por su cuenta sus respectivas aportaciones, sino que la responsabilidad directa del pago efectivo recae en los empresarios (arts. 142.1 TRLGSS y 22.6 RGCL).

El empresario, en el momento de hacer efectivas las retribuciones a sus trabajadores, deberá descontarles la denominada cuota obrera (arts. 142.2 TRLGSS y 22.4 RGCL), sin que pueda hacerlo en un momento posterior, por lo que corresponde al empresario el ingresar la totalidad de las cuotas. Por otra parte, si procediera a descontar la cuota obrera a los trabajadores pero no la ingresara en plazo reglamentario incurrirá en distintos tipos de responsabilidades, ya sea penal por apropiación indebida o administrativa (arts. 142.3 TRLGSS y 22.5 RGCL).

Además de la responsabilidad directa del empresario en el pago de las cuotas de Seguridad Social, el incumplimiento de la obligación de cotizar podrá dar lugar a otros tipos de responsabilidades: solidaria y subsidiaria.

### a) Supuestos de responsabilidad solidaria

- ✦ Sucesión de empresas (arts. 168.2 TRLGSS y 44 TRLET). Cedente y cesionario son responsables solidarios por las deudas de Seguridad Social de los tres años anteriores a la transmisión *inter vivos* e incluso con posterioridad a la misma cuando fuera declarada delito. No obstante, no existirá responsabilidad solidaria cuando lo que se transmita no sea la empresa, ni elementos patrimoniales básicos de la misma sino elementos aislados de la explotación que no permitan la continuidad de la misma. Si la sucesión se produce *mortis causa*, los herederos del deudor a la Seguridad Social responderán solidariamente entre sí de su pago con los bienes de la herencia y con su propio patrimonio, salvo que la aceptasen a beneficio de inventario, en cuyo caso sólo responderán con los bienes que le hayan sido adjudicados (arts. 1.023 CC y 15 RGR).
- ✦ Contratas y subcontratas (arts. 168.1 TRLGSS y 42.1 y 2 TRLET). El empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, será responsable solidario durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el tiempo de vigencia de la contrata. Se entiende que existe propia actividad cuando las contratas y subcontratas realicen una actividad que sea inherente al ciclo productivo de la empresa principal (STS 24-11-1998). No obstante, no existirá responsabilidad solidaria en los supuestos siguientes:

  - Cuando el empresario principal solicite certificación de descubierto a la Seguridad Social y aquélla fuera negativa o la TGSS no la emitiera en el plazo máximo de treinta días. Esta exoneración de responsabilidad se refiere exclusivamente a las deudas anteriores a la fecha del certificado pero no a las posteriores.
  - Cuando sea un cabeza de familia el que contrate la construcción o reparación de su propia vivienda (art. 168.1 TRLGSS).
  - Cuando el propietario de la obra o industria la contrate por razones distintas de su actividad empresarial.
- ✦ Cesión de trabajadores (art. 43 TRLET). Cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por los trabajadores frente a la Seguridad Social, salvo que dicha cesión se lleve a cabo a través de una ETT.
- ✦ ETT y empresa usuaria (art. 16.3 LETT 14/94). Existe responsabilidad solidaria de la usuaria respecto al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de la ETT cuando el contrato de puesta a disposición se haya celebrado para la realización de trabajos expresamente prohibidos (art. 8 LETT) o para supuestos distintos de los previstos en el artículo 15 ET (art. 6 LETT).

- ✦ Subcontratación en el sector de la construcción (art. 7.2 LRSC). El incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de subcontratación establecido en la propia LRSC, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas.
- ✦ Administradores de las sociedades capitalistas [arts. 367 y 363.e) TRLSC]. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social) cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, o no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.
- ✦ Socio de una sociedad unipersonal (art. 14 TRLSC). Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Una vez inscrita como tal, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad a dicha inscripción.

#### b) Supuestos de responsabilidad subsidiaria

- ✦ Contratas y subcontratas (arts. 142.1 y 168 TRLGSS). El propietario de la obra o industria contratada responderá, por el período de vigencia de la contrata, de la obligación de cotizar a la Seguridad Social respecto de los trabajadores por cuenta ajena del contratista o subcontratista, siempre que el mismo fuera declarado insolvente y la obra o industria no fuera de la propia actividad.
- ✦ ETT y empresas usuarias (arts. 16.3 LETT y 17 RD 4/1995). La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones de Seguridad Social contraídas por la ETT con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

### 3. OBJETO DE LA COTIZACIÓN

El objeto de la cotización es la cuota de Seguridad Social, que se obtiene mediante la aplicación de un porcentaje, llamado tipo de cotización, a una cantidad fijada en las normas de cotización, llamada base de cotización, y de deducir, en su caso, el importe de las bonificaciones y/o reducciones que resulten aplicables (arts. 19.1 TRLGSS y 6.2, 8.1, 10.3 y 10.4 RGCL).

#### A) Base de cotización

##### a) Concepto

La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, incluidas las de AT y EP, está constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba, de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena (arts. 147.1 TRLGSS y 23 RGCL, según redacción dada por el RD 637/2014, de 25 julio). Esta delimitación legal no tiene el carácter absoluto que se desprende de su tenor literal, ya

que es preciso perfilarla considerando los conceptos salariales y extrasalariales que la norma determina a efectos de su inclusión y exclusión, respectivamente, de la base de cotización.

b) Conceptos salariales incluidos en la base de cotización

A efectos de su inclusión en la base de cotización, se considerará remuneración la totalidad de las percepciones recibidas por los trabajadores, en dinero o en especie, ya retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo.

Los conceptos salariales, tanto en metálico como en especie, que constituyen la base de cotización son las siguientes (véase el capítulo 11, II del *Sistema de Derecho del Trabajo*):

- Salario base (art. 26.3 TRLET).
- Complementos salariales (art. 26.3 TRLET). Dos precisiones al respecto:
  - Las gratificaciones extraordinarias de vencimiento periódico superior al mes se prorratearán a efectos de cotización a lo largo de los doce meses del año [arts. 147 TRLGSS y 23.1.A) RGCL].
  - Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas que sean retribuidas al final de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de extinción del contrato (art. 147.1, párrafo tercero TRLGSS).
- Salario en especie [art. 23.1.B) RGCL]. Entendiendo por tal la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda. Estas retribuciones en especie se valorarán de la siguiente forma:
  - Con carácter general, la valoración de las percepciones en especie satisfechas por los empresarios vendrá determinada por el coste medio que suponga para los mismos la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, entendiendo este coste medio como el resultado de dividir los costes totales que suponga para la empresa la entrega de un bien, derecho o servicio directamente imputables a dicha retribución entre el número de perceptores potenciales de dicho bien, derecho o servicio.
  - La entrega de cantidades en metálico, vales o cheques al trabajador para la adquisición de bienes, derechos o servicios se valorarán por la totalidad de su importe.
  - La entrega de acciones y participaciones a los trabajadores se valorarán por la totalidad de su importe en el momento en que se acuerde su concesión (art. 15 y 16 de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio).
  - Las primas o cuotas satisfechas por los empresarios a entidades aseguradoras para la cobertura de sus trabajadores se valorarán por la totalidad de su importe.
  - Las contribuciones satisfechas a los planes de pensiones se valorarán por la totalidad de su importe.
  - Las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social, excepto las de IT concedidas por la empresa, se valorarán por la totalidad de su importe.
  - Las prestaciones de servicios de educación a los hijos de empleados (infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato, formación profesional) en centros autorizados, ya sea en su totalidad o por un precio inferior al normal del mercado, se valorarán por el coste marginal que suponga para la empresa en el momento del inicio del curso escolar. Por coste marginal se entiende el incremento del coste total directamente imputable a la prestación que suponga para el centro educativo un servicio de educación para un alumno adicional de la etapa de enseñanza que corresponda.
  - La prestación por el empresario del servicio de guardería para los hijos de los empleados se valorará por el coste marginal.

- La utilización de una vivienda propiedad o no del empresario se valorará conforme a lo previsto en el artículo 43 de la LIRPF.
- La utilización o entrega de vehículos automóviles se valorará conforme a lo previsto en el artículo 43 de la LIRPF.
- Los préstamos concedidos a los trabajadores con tipos de interés inferiores al legal del dinero se valorarán por las diferencias entre el interés pagado y el referido interés legal vigente en el respectivo ejercicio económico.

No obstante, los empresarios deberán comunicar a la TGSS en cada período de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases únicas (art. 109.3 LGSS según la redacción dada por la Disp. Final 3ª RDL-CESMEM).

### c) Conceptos extrasalariales excluidos de la base de cotización

Están excluidas del cómputo de la base de cotización por no tener naturaleza salarial, las siguientes percepciones (art. 147.3 TRLGSS y art. 23.2 RGCL según redacción dada por el RD 637/2014, de 25 de julio):

- Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.
- Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando no utilice transporte público, en la cuantía y con el alcance previsto en la normativa del IRPF, el exceso de dicha cuantía se integrará en la base de cotización
- Los gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previsto en la normativa del IRPF, el exceso de dicha cuantía se integrará en la base de cotización
- Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses.
  - Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable.
  - Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.
  - Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.
  - En los supuestos de despido o cese por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, ya sean de carácter colectivo u objetivo, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente.
- Las prestaciones de la Seguridad Social.
- Las mejoras de las prestaciones por IT concedidas por las empresas.



- Las asignaciones destinadas por las empresas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.
- Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por AT y EP de la Seguridad Social, aunque el MEYSS se reserva la potestad de establecer el cómputo de las horas extraordinarias, ya sea con carácter general, ya sea por sectores laborales en los que la prolongación de la jornada sea característica de su actividad (art. 147.4 TRLGSS).

Con la modificación operada en los conceptos excluidos de la base de cotización, tanto por el RDL-MESFO como en el RDL-CESMEM, se ha pretendido que aquellos conceptos que son considerados como renta en la normativa tributaria y que estaban excluidos de la base de cotización se incluyan en dicha base. El RDL-MESFO incluyó en la base de cotización las cantidades abonadas por quebranto de moneda, las indemnizaciones por desgaste de útiles y herramientas, la adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo, percepciones por matrimonio y las donaciones promocionales de productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas. Por su parte, el RDL-CESMEM ha incluido en la base de cotización el plus de transporte urbano, el plus de distancia por desplazamientos del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo, conceptos de dietas –ahora denominada gastos normales de manutención y estancia- cuando se generen en el mismo domicilio del trabajo habitual del trabajador, productos en especie concedidos por las empresas, tales como los tickets comida, seguro médico, aportaciones al plan de pensiones o seguros de vida y las mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo la de IT, y las asignaciones asistenciales. Estas modificaciones parecen totalmente justificadas ya que unos mismos conceptos no tienen por qué tener tratamiento distinto según el ámbito de normativa que se aplique, contribuyéndose además de esta manera a simplificar y homogeneizar el sistema, al tiempo que se facilitan las tareas administrativas a las empresas.

#### d) Límites de la base de cotización

Las bases de cotización calculadas de la forma expuesta anteriormente, es decir en función del salario real del trabajador, tienen unos límites individuales, a efectos de contingencias comunes, denominados bases mínimas y bases máximas, que son fijadas anualmente por la LPGE para cada grupo de categorías profesionales (art. 9.3 RGCL) e incluyen la parte proporcional de las pagas extraordinarias (art. 148 TRLGSS). A tal respecto, existen once grupos de cotización en los que se incluyen las distintas categorías profesionales (art. 26.2 RGCL). Quiere ello decir que si el trabajador tiene un salario real inferior a la base mínima la empresa cotizará obligatoriamente por dicha base y si percibe un salario superior a la base máxima de su grupo de cotización, cotizará por dicha base máxima. Estos límites evidencian que todavía no ha culminado el proceso de equiparación entre salarios reales y bases de cotización exigido por el principio de contributividad que informa precisamente las prestaciones contributivas reconocidas por el Sistema de la Seguridad Social.

Por lo que respecta a las contingencias profesionales y otras (desempleo, FGS y formación profesional) existen, a su vez, unos límites: mínimo y máximo, denominados topes de cotización. El tope mínimo de cotización está constituido por la cuantía del SMI vigente en cada momento, incrementada en un sexto (art. 148.3 y 19.2 TRLGSS). Por su parte, el tope máximo de cotización se fija anualmente en la LPGE y se hace coincidir con la más alta de las bases máximas individuales.

Por último, respecto a la cotización adicional por horas extraordinarias no existen límites a efectos de su cotización, aplicándose los tipos directamente sobre su base (art. 2 OM 1-3-83 modificada por Ley 65/1997).

En el PACTOL (Recomendación 1ª, 3) se prevé la desaparición de los llamados límites individuales, aunque hasta la fecha no se haya cumplido tal previsión, al tiempo que se aplique de manera gradual un único tope máximo de cotización para todas las categorías laborales, que fije el techo de aseguramiento del sistema público de protección.

e) Clases de bases de cotización

Aunque la relación jurídica de cotización entre la TGSS y la empresa responsable es única, en realidad existen cuatro bases de cotización y por consiguiente cuatro cuotas que sumadas integran la cuota total. Estas cuatro bases de cotización son las siguientes:

- Base de cotización para contingencias comunes. Está constituida por el salario mensual que perciba el trabajador o que tenga derecho a percibir, excluidas las horas extraordinarias, más el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias y debe estar comprendida entre la base mínima y máxima de cotización por grupos profesionales, fijadas cada año en la LPGE. Forman parte de las contingencias comunes, la IT y la IP por accidente o enfermedad común, jubilación, muerte y supervivencia y asistencia sanitaria (Capítulo 5, II, 1).
- Base de cotización para contingencias profesionales. Está constituida de idéntica manera que la base de contingencias comunes, con la única diferencia de que se le adiciona el importe de las horas extras que hubiera realizado el trabajador en el mes. Forman parte de las contingencias profesionales el AT y EP (Capítulo 5, II, 2).
- Base de cotización conjunta de desempleo, FGS y formación profesional, constituida por los mismos conceptos salariales que integran la base de cotización de contingencias profesionales.
- Base de cotización por horas extraordinarias. Se trata de una cotización adicional que no es computada para determinar la base reguladora de las prestaciones, sino solamente para incrementar los recursos financieros de la Seguridad Social.

B) Tipo de cotización

El tipo de cotización es el porcentaje numérico a aplicar sobre la base de cotización para obtener la cuota (arts. 19.1 TRLGSS y 10.3 RGCL).

Los tipos de cotización serán fijados cada año por la correspondiente LPGE, tanto el tipo general previsto para contingencias comunes, como para las distintas contingencias de recaudación conjunta (desempleo, FGS y formación profesional) y el adicional de horas extras.

Respecto al desempleo, se prevén tres tipos diferentes de cotización de carácter progresivo: para contratos indefinidos (7,05%), para contratos de duración determinada a tiempo completo (8,30%) y contratos de duración determinada a tiempo parcial (9,30%), aunque para éstos últimos el tipo de cotización se haya reducido en uno por ciento para el año 2014 (Disp. Adic. 1ª RDL-CESMEM y art. 11.2 RDL-OMEC) como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno para el fomento de los contratos de trabajo a tiempo parcial.

La cotización adicional por horas extras se lleva a cabo mediante la aplicación de dos tipos diferentes de cotización: el correspondiente a las horas por fuerza mayor, que es un tipo reducido y el correspondiente al resto de horas extras, que suele ser idéntico al de contingencias comunes.

La cotización por contingencias de AT y EP se efectúa con sujeción a primas, que tienen a todos los efectos la condición de cuotas de la Seguridad Social (arts. 19.3 TRLGSS y 11.1 RGCL) y que pueden ser distintas para cada una de las actividades, industrias y tareas. Actualmente la tarifa de primas está establecida en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 42/2006, la cual ha sido modificada por la Disposición Final 8.ª LPGE 2010, por la Disposición Final 17.ª LPGE 2013 y por la Disp. Final 19ª LPGE 2014 Para la determinación del tipo aplicable deberá tenerse en cuenta la actividad económica principal desarrollada por la empresa (cuadro I) conforme al CNAE 93 y cuando la ocupación o situación del trabajador se corresponda con alguna de las enumeradas en el cuadro II, el tipo aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación o situación de que se trate, siempre que difiera del que corresponde a la actividad de la empresa.

### C) *Cuota de Seguridad Social*

La cuota de la Seguridad Social de cada trabajador se obtiene aplicando a su base de cotización el porcentaje numérico denominado tipo de cotización (art. 19.1 TRLGSS y 10.3 RGCL) y la suma de las cuotas individuales da lugar a la cuota total que el empresario debe ingresar en la Seguridad Social.

Esta cuota puede ser objeto de reducciones, bonificaciones y de exenciones.

Existen reducciones de cuotas cuando no se cotiza por el tipo de las contingencias que no están previstas en la acción protectora, como por ejemplo el desempleo y FGS para los trabajadores asimilados (art. 136.2.e) TRLGSS).

Las bonificaciones de cuotas suponen una reducción o eliminación del coste de las cotizaciones con la finalidad de fomentar el empleo de determinados colectivos que tienen especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo o para mantener una ocupación. Respecto a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social se hace remisión a lo dicho en el capítulo VIII.1 del Sistema de Derecho del Trabajo.

Por último, existe una exención de cuotas de contingencias comunes y las de recaudación conjunta, excepto las de contingencias profesionales, para aquellas personas que han cumplido la edad ordinaria de jubilación y continúan prestando servicios en la empresa, de tal forma que ésta cotizará por la totalidad del tipo de cotización, pero se deducirá el importe de las contingencias excluidas de cotización.

## 4. DINÁMICA DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR

Bajo la denominación de dinámica de la obligación de cotizar se estudiarán una serie de vicisitudes de dicha obligación, desde su nacimiento, pasando por su duración, suspensión hasta su extinción.

### A) *Nacimiento*

La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba (art. 144.1 TRLGSS). Sin embargo, el mismo precepto añade a continuación que la mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso el mismo efecto. La única interpretación posible será que la solicitud de afiliación y/o alta se correspondan con la efectiva prestación de un trabajo de los comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, ya que otra interpretación podría dar lugar a situaciones fraudulentas no queridas por el legislador de trabajadores en alta sin prestación de servicios. Lo que debería ser es que la afiliación y el alta precedan a la actividad laboral, y que ésta justifique la obligación de cotizar. Sin embargo, el hecho de la no presentación de la solicitud de afiliación y/o del alta no impedirá el nacimiento de la obligación de cotizar, sin perjuicio de la aplicación de la prescripción de cuotas y sin perjuicio también de los efectos que en orden a las prestaciones deban atribuirse a las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la presentación de las solicitudes de afiliación y/o alta (art. 12 RGCL).

Por otra parte, para las contingencias de AT y EP la obligación de cotizar existirá aunque la empresa, con infracción de lo dispuesto en las normas del Sistema de Seguridad Social, no tuviera concertada la protección de su personal, devengándose las cuotas a favor de la TGSS (art. 12.3 RGCL). Asimismo, está previsto un procedimiento de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (RD 404/2010, de 31 de marzo, desarrollado por la OM 2-6-2010).

### B) Duración de la obligación de cotizar

La obligación de cotizar se mantendrá mientras el trabajador o asimilado desarrolle su actividad y preste los servicios determinantes de su inclusión en los mismos (art. 13.1 RGCL).

También se mantiene la obligación de cotizar aunque no exista actividad laboral en los siguientes casos (art. 13.2 RGCL):

- Durante el período de tramitación de los despidos que sean declarados improcedentes y el empresario hubiere optado por la readmisión del trabajador (art. 56.2 ET según redacción dada por el art. 18.8 LMURMEL) y en la tramitación de los despidos de los representantes legales y sindicales de los trabajadores independientemente de la opción que se hubiese hecho (art. 56.4 ET según redacción dada por el art. 18.9 LMURMEL).
- Durante los períodos de IT, cualquiera que sea su causa.
- Períodos de maternidad y paternidad.
- Riesgo durante el embarazo.
- Riesgo durante la lactancia natural.
- Durante el ejercicio de cargos de representación sindical.
- Cuando se haya suscrito un convenio especial.
- Períodos de desempleo contributivo y asistencial.
- Funcionarios, incluidos en el Régimen General, durante las situaciones de licencia o permiso sin sueldo, suspensión provisional de funciones y plazo posesorio para el cambio de destino.

### C) Suspensión de la obligación de cotizar

La obligación de cotizar se suspende durante los períodos de huelga o cierre patronal, privación de libertad al trabajador, excedencia, suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios y demás causas de suspensión.

Esta suspensión de la obligación de cotizar trae su causa en que durante las situaciones descritas se suspende la obligación legal de prestar el trabajo por parte del trabajador y de su retribución por parte del empresario.

### D) Extinción de la obligación de cotizar

La obligación de cotizar se extingue con el cese en el trabajo siempre que se comunique la baja en el Régimen General de la Seguridad Social en el tiempo y forma establecido (arts. 144.3 TRLGSS y 14.1 RGCL).

En el supuesto de que no se solicite la baja o ésta se formule fuera de plazo, no se extinguirá la obligación de cotizar hasta el día en que de TGSS conozca el cese en el trabajo (art. 14.2 RGCL). Cuando se curse la baja de oficio por la TGSS la obligación de cotizar se extinguirá el mismo día en que se haya llevado a cabo la actuación inspectora, en su caso, o desde que hayan sido recibidos los datos o documentos que acrediten el cese en el trabajo por cuenta ajena (art. 14.3 RGCL). Ahora bien, si se solicita la baja y continúa la prestación de los servicios por parte del trabajador, dicha solicitud no producirá la extinción de la obligación de cotizar (arts. 144.3 TRLGSS y 14.5 RGCL).

Por último, la obligación de cotizar se puede extinguir por prescripción (art. 24 TRLGSS), por el transcurso de cuatro años contados a partir del momento en que debieron ser ingresadas las cuotas.

## 5. SUPUESTOS ESPECIALES DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR

*A) Cotización durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y en los casos de compatibilidad del subsidio por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial*

La base de cotización aplicable para las contingencias comunes será la correspondiente al mes anterior al de la fecha de IT, situaciones de riesgo durante embarazo o de riesgo durante la lactancia natural o del inicio del disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad, sin que pueda ser inferior a la base mínima vigente en cada momento a la categoría profesional del trabajador (OM de cotización de cada año).

Por su parte, la base de cotización, a efectos de las contingencias de AT y EP, será la correspondiente al mes anterior al de la fecha del AT o EP, adicionándole el promedio de las horas extraordinarias efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha del inicio de dicha situación (OM de cotización de cada año). El tipo de cotización aplicable continuará siendo el de la respectiva actividad económica (OM de cotización de cada año).

Cuando se compatibilice la percepción del subsidio por maternidad o paternidad con el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base de cotización vendrá determinada por los dos sumandos siguientes: la base reguladora del subsidio, en proporción a la fracción de jornada correspondiente al período de descanso y las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada (OM de cotización de cada año).

*B) Cotización en situación de alta sin percibo de retribución*

La base de cotización a tener en cuenta será la mínima correspondiente al grupo de su categoría profesional (OM de cotización de cada año).

A los efectos de cotización por las contingencias de AT y EP se tendrá en cuenta el tope mínimo de cotización (OM de cotización de cada año).

*C) Cotización durante la situación de desempleo protegido*

Distinguiremos tres supuestos (arts. 273 TRLGSS, 122.9.1 y 2 de la Ley 51/2007):

*a) Desempleo por extinción de la relación laboral*

La base de cotización afectará sólo a la de contingencias comunes y será la base de la prestación de desempleo, esto es, el promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias de AT y EP, excluidas las cantidades correspondientes a horas extras, anteriores a la situación legal de desempleo, respetando, en todo caso, el importe de la base mínima por contingencias comunes.

La cuota empresarial será abonada en su integridad por el SEPE y la cuota obrera irá a cargo del trabajador, si bien se reducirá en un 35 por 100 que será abonada, igualmente por el SEPE.

*b) Desempleo por suspensión temporal de la relación laboral por ERE o por resolución judicial del juez de lo mercantil en un proceso concursal o reducción temporal de jornada en virtud de ERE*

La base de cotización será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes y por contingencias de AT y EP anteriores a la situación legal de



desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar. La empresa ingresará su aportación y el SEPE la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento de la parte del mismo.

c) Subsidios asistenciales de desempleo

El SEPE ingresará las cotizaciones correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia.

Durante la percepción del subsidio de desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años la entidad gestora deberá cotizar, además, por la contingencia de jubilación (art. 280.1 TRLGSS), tomando como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 280.3 TRLGSS).

En los casos de percepción del subsidio por desempleo de trabajadores fijos discontinuos, se establece una distinción en función de la edad, si son menores de cincuenta y cinco o mayores de dicha edad (art. 218.2 LGSS según redacción dada por el art. 17.10 RDL-MESFO):

- ✦ Si son menores de cincuenta y cinco años y el beneficiario tiene acreditado un período de ocupación cotizada de ciento ochenta o más días, el SEPE ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante un período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio. Se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento.
- ✦ Si son mayores de cincuenta y cinco años, el SEPE ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante toda la percepción del subsidio a que tuvieron derecho, una vez cumplida la edad indicada. Se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

D) Cotización en la situación de pluriempleo

Cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo se aplicarán las siguientes normas (OM de cotización de cada año).

a) Cotización por contingencias comunes

- ✦ El tope máximo de las bases de cotización se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.
- ✦ Cada una de las empresas cotizará por los conceptos retributivos computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda a la fracción del tope máximo que se le asigne.
- ✦ La base mínima correspondiente al trabajador, según su grupo profesional, se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicada para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por su clasificación laboral se tomará para su distribución la base mínima de superior cuantía.

b) Cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

- ✦ El tope máximo de la base de cotización se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.
- ✦ El tope mínimo de cotización se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicado para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo.
- ✦ La base de cotización será para cada empresa la que resulte teniendo en cuenta los límites que se le hayan asignado.

En el supuesto de que uno de los empleos conlleve la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena la distribución del tope máximo correspondiente a las contingencias de AT y EP sólo se efectuará al objeto de determinar las cuotas correspondientes a las contingencias comúnmente protegidas por ambas modalidades de inclusión, así como los demás conceptos de recaudación conjunta. A tal fin, se efectuará una doble distribución del tope máximo de cotización citado, una de ellas para determinar la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para formación profesional, y la otra para determinar la cotización por desempleo y para el Fondo de Garantía Salarial (OM de cotización de cada año).

#### *E) Cotización en los supuestos de contrato a tiempo parcial*

La cotización a la Seguridad Social y al resto de contingencias derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida por el trabajador en función de las horas trabajadas en el mes que se considere (OM de cotización de cada año).

##### *a) Base de cotización de contingencias comunes*

La base de cotización mensual correspondiente a las contingencias comunes se calculará aplicando las siguientes normas (OM de cotización de cada año):

- ✦ Se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes a que se refiere la cotización, cualquiera que sea su forma o denominación, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente.
- ✦ A dicha remuneración se adicionará la parte proporcional que corresponda en concepto de descanso semanal y festivos, pagas extraordinarias y aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del año.
- ✦ Si la base de cotización mensual, calculada conforme a las normas anteriores, fuese inferior a las bases mínimas o superior a las máximas establecidas con carácter general para los distintos grupos de categorías profesionales, se tomarán éstas o aquéllas, respectivamente, como bases de cotización.

##### *b) Base de cotización de contingencias profesionales*

La base cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como por desempleo, FGS y formación profesional, se calculará computando, asimismo, la remuneración correspondiente a las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor realizadas, sin que la base así obtenida pueda ser superior al tope máximo ni inferior al mínimo por hora trabajada (OM de cotización de cada año). No obstante, aunque las horas extraordinarias se incluyen en la base de cotización de desempleo, no ocurre lo mismo en la base reguladora de la prestación en la que expresamente quedan excluidas, aunque se debe considerar que tras la entrada en vigor del RDL-MURMEL no existe impedimento legal para la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial y por lo tanto, tampoco deberían estar excluidas de la base reguladora de la prestación de desempleo.

##### *c) Contrato a tiempo parcial y cotizaciones durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y maternidad y paternidad*

Durante las referidas situaciones la base diaria de cotización será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho

período. Esta base se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de las situaciones anteriores (OM de cotización de cada año).

d) Contrato a tiempo parcial y cotizaciones durante la situación de pluriempleo

Cuando el trabajador preste sus servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de la remuneración que le abone. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasase el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, éste se distribuirá en proporción a las abonadas al trabajador en cada una de las empresas (OM de cotización de cada año).

e) Contrato a tiempo parcial y cotización en los supuestos de guarda legal o cuidado directo de un familiar

La cotización en estos supuestos se efectuará en función de las retribuciones que perciba el trabajador sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad resultante de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias establecidas para los contratos de trabajo a tiempo parcial (OM de cotización de cada año).

F) Cotización en contratos para la formación y el aprendizaje

La cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación se efectuará de la siguiente manera (OM de cotización de cada año):

- La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual para contingencias comunes de la que una parte será a cargo del empresario y otra a cargo del trabajador.
- La cotización por contingencias profesionales consistirá en una cuota mensual, a cargo del empresario.
- La cotización al FOGASA consistirá en una cuota mensual, a cargo del empresario.
- La cotización por formación profesional se abonará en una cuota mensual, de la que una parte correrá a cargo del empresario y otra a cargo del trabajador.
- Cuando proceda cotizar por desempleo, la base de cotización será la base mínima correspondiente a las contingencias por AT y EP a la que será de aplicación el tipo y la distribución establecida para dicha contingencia.
- Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional.

Los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados a partir del 12-2-2012 (fecha de la entrada en vigor del RDL-MURMEL) con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a AT y EP, desempleo, FGS y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por 100 si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por 100, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. Asimismo, a los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados o prorrogados a partir del 12-2-2012 se les reducirá el 100 por 100 de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda su vigencia, prórrogas incluidas (art. 3.1 LMURMEL).

Por otra parte, las empresas que transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en

la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año (art. 3.2 LMURMEL).

### G) Cotización de los trabajadores con 65 o más años de edad

Los empresarios y trabajadores y los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por IT derivadas de las mismas, y por desempleo, FGS y formación profesional respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena que reúnan los siguientes requisitos (art. 152 TRLGSS):

- Tener suscrito un contrato de trabajo de carácter indefinido.
- Haber cumplido sesenta y cinco años de edad y tener acreditados treinta y ocho años y seis meses de cotización, o
- Haber cumplido sesenta y siete años de edad y tener acreditado treinta y siete de cotización, sin que se compute a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias.

### H) Cotización en los casos de convenio especial

En el momento de suscribir el convenio el interesado puede elegir entre cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización (art. 6.1 OM 13-10-2003):

- La base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente al grupo profesional del interesado o en el Régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante veinticuatro meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años. A opción del interesado esa base máxima podrá incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional a efectos de conformar la base de cotización para el convenio especial a que se refiere ese apartado.
- La base de cotización que sea el resultado de dividir por doce la suma de las bases por contingencias comunes por las que se haya efectuado cotizaciones, el trabajador solicitante del convenio especial, durante los doce meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima del RETA. En el supuesto de no tener acreditado un período de cotización de doce meses, la base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados.
- La base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el RETA.
- Una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores.

El tipo de cotización de la cuota será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 7.1 OM 13-10-2003).

### I) Cotización de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia

La base mensual de cotización en el convenio especial suscrito por el cuidador será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 4.1 RD 6.157/2007, de 11 de mayo).

No obstante, existen supuestos especiales:

- En el caso de que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base de cotización se reducirá proporcionalmente, sin que la base de cotización pueda ser inferior al 50 por 100 del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 4.1 RD 615/2007).



- Cuando el cuidador haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que estuviera incluido en el Sistema de la Seguridad Social, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General, siendo a su cargo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante (art. 4.2 RD 615/2007).

A partir del 15-7-2012 (fecha de la entrada en vigor del RDL-MESFO), el convenio especial de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia tendrá carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la TGSS (Disp. Adic. 8.ª1 RDL-MESFO) y las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo (Disp. Adic. 8.ª2 RDL-MESFO), surtiendo efectos desde la fecha de su solicitud (Disp. Adic. 8.ª3 RDL-MESFO).

No obstante, los convenios especiales existentes a 15-7-2012, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10 por 100 en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la AGE el 5 por 100 del total de la cuota y el 85 por 100 restante a cargo del cuidador no profesional. Sin embargo, a partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional (Disp. Trans. 13.ª RDL-MESFO).

## II. RECAUDACIÓN

La recaudación de cuotas de Seguridad Social es una obligación instrumental por la cual la Administración de la Seguridad Social garantiza el régimen público de Seguridad Social, luchando contra el fraude y la morosidad. Esta recaudación de cuotas es autónoma respecto a la gestión recaudatoria del Estado en materia de tributos. Un objetivo prioritario debería ser la mejora de la eficacia del procedimiento único de recaudación como instrumento necesario para garantizar la sostenibilidad del sistema, especialmente en épocas de crisis en las que el gasto en protección social se dispara y la picaresca o la necesidad convierten el impago y la demora en el pago de cuotas en la única vía crediticia posible.

La normativa reguladora de la recaudación se encuentra establecida en los artículos 21 a 41 TRLGSS, además del artículo 113 y su desarrollo reglamentario en el RGR, modificado por el RD 897/2009, de 22 de mayo, y en la OM 1.562/2005, de 25 de mayo, modificada por la OM 2.777/2010, de 29 de octubre.

### I. GESTIÓN RECAUDATORIA

La gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social consiste en el ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y demás derechos de la Seguridad Social, cuyo objeto esté constituido por las cuotas de Seguridad Social y otras aportaciones previstas reglamentariamente (art. 1.1 RGR).

Esta gestión recaudatoria de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de Seguridad Social es competencia exclusiva de la TGSS, que la ejercerá a través de sus Direcciones Provinciales, bajo la dirección, vigilancia y tutela del MEYSS (art. 2.1 RGR), salvo que se atribuya expresamente a otros órganos o unidades, de acuerdo con la distribución de funciones establecidas en el RGR y en la estructura y organización del MEYSS, pudiendo éste autorizar, cuando las circunstancias concurrentes lo aconsejen que determinadas unidades u órganos extiendan el ejercicio de sus funciones a todo el territorio nacional o al ámbito geográfico que se establezca (art. 2.2 RGR).

Por su parte, las URE de la TGSS son competentes para la ejecución forzosa del patrimonio del deudor, en orden al aseguramiento de dicha ejecución forzosa o a la regularización del pago por el sujeto

responsable. Las URE están organizadas por demarcaciones territoriales y llevarán a cabo las actuaciones precisas para el embargo y aseguramiento de los bienes del responsable de la deuda, aun cuando dichos bienes radiquen fuera de su demarcación (art. 2.3 RGR).

Además son colaboradores de los órganos de recaudación de la TGSS (art. 3 RGR):

- Las entidades financieras autorizadas para actuar como oficinas recaudadoras en el ámbito de la Seguridad Social.
- Las entidades, órganos o agentes autorizados para actuar como oficinas recaudadoras.
- Las Administraciones públicas o entidades particulares a las que se atribuyan funciones recaudatorias en el ámbito de la Seguridad Social en virtud de concierto o por disposiciones especiales.

## 2. SUJETOS RESPONSABLES

Son sujetos responsables del pago de las deudas por cuotas los siguientes (arts. 18.3 y 4 TRLGSS y 12 a 15 RGR):

- Las personas físicas y jurídicas o entidades sin responsabilidad que estén obligadas al pago directamente.
- Los responsables solidarios.
- Los responsables subsidiarios.
- Los sucesores *mortis causa*.

El pago de las deudas de Seguridad Social la realizarán los sujetos responsables en efectivo por medio de dinero de curso legal (art. 21.3 RGR), cheque (art. 22 RGR), transferencia bancaria o domiciliación bancaria (art. 23 RGR) o por cualquier otro medio de pago autorizado por TGSS (art. 24 RGR). No obstante, será obligatorio utilizar el sistema de domiciliación bancaria para el pago de los vencimientos de aplazamientos de deudas de Seguridad Social que se concedan a partir de 1-2-2011 (art. 17 bis añadido a la OM 1.562/2005, de 25 de mayo por la OM 2.777/2010, de 29 de octubre y Res. de la TGSS de 12-1-2011).

No obstante, a partir de 1 de enero de 2011, las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar, encuadrados en el Régimen de la Seguridad Social, deberán estar incorporadas de forma efectiva al sistema RED cualquiera que sea el número de sus trabajadores (Disp. Adic. 5.<sup>a</sup> OM 2777/2010, de 29 de octubre), procediéndose por parte de la TGSS a emitir los documentos electrónicos de cotización correspondientes a las liquidaciones de cuotas, poniéndolos a disposición de los sujetos autorizados del sistema RED, siempre que las posibilidades técnicas lo permitan y no se hubiese optado por la domiciliación en cuenta como modalidad de pago (art. 27.2 OM 1.562/2005, de 25 de mayo, según redacción dada por la OM 2.777/2010, de 29 de octubre), en cuyo caso la entidad financiera autorizada para actuar como entidad colaboradora pondrá a su disposición el documento justificativo del pago realizado (art. 27.4 OM 1.562/2005, de 25 de mayo, según redacción dada por la OM 2.777/2010, de 29 de octubre).

El cumplimiento de pago podrá acreditarse mediante un justificante de pago (art. 25.1 RGR).

## 3. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR

La recaudación podrá realizarse por el sujeto obligado dentro del plazo reglamentario (recaudación voluntaria), o mediante coacción pública por parte de los órganos de la Seguridad Social (recaudación ejecutiva).

## A) Recaudación voluntaria

### a) Ingresos en plazo reglamentario y aplazamiento de pago

Las cuotas de Seguridad Social se ingresarán por el sujeto obligado dentro del mes siguiente al de su devengo (art. 56 RGR). En el Régimen General de la Seguridad Social existen dos sistemas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social: El sistema de autoliquidación por el sujeto responsable del ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta y el sistema de liquidación directa por la TGSS, por cada trabajador, en función de los datos de que disponga sobre los sujetos obligados a cotizar (art. 22 TRLGSS).

La LMELIC estableció un nuevo sistema de liquidación directa de cuotas, de implantación progresiva, bajo los objetivos de simplificar la obligación de cotizar, reducir cargas administrativas y costes para la Seguridad Social, conseguir una mayor efectividad en el control de la correcta gestión liquidatoria y recaudatoria encomendada a la misma y lograr una mejora de la calidad de la información utilizada para la recaudación de cuotas reforzando su seguridad (Prámbulo II LMELIC).

En el supuesto de que se tratara de salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones de Seguridad Social se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, para la que se tendrán en cuenta las bases, topes y tipos vigentes a que se refieran los salarios.

Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas no disfrutadas que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados.

Los documentos de cotización y compensación deberán presentarse con el correspondiente importe de la liquidación a través del medio de pago elegido (art. 29 TRLGSS), incluidas las tarjetas tanto de débito como de crédito (Resol. 26-12-14 de la TGSS), recibiendo el sujeto que ha efectuado el pago un justificante del mismo, quedando cumplida la obligación de cotizar. En el supuesto de que el empresario no pueda ingresar la liquidación dentro del plazo reglamentario tendrá la obligación de presentar los documentos de cotización en dicho plazo (art. 36.1 OM 1.562/2005, de 25 de mayo, modificado por OM 2.777/2010, de 29 de octubre).

Excepcionalmente, el sujeto obligado al pago y que no lo realice en plazo reglamentario podrá ser considerado al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social si se le concede un aplazamiento de pago por parte de la TGSS, por plazo no superior a cinco años (arts. 23 TRLGSS y 31 a 37 RGR). Pueden ser objeto de aplazamiento:

- ✦ Las deudas contraídas con la Seguridad Social.
- ✦ Las aportaciones empresariales por cuotas de Seguridad Social, incluidas desempleo, FGS y formación profesional y sus correspondientes recargos.
- ✦ Los recargos de prestaciones por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, si se garantizan íntegramente con aval.

Quedan, por tanto, excluidos del aplazamiento:

- ✦ Las aportaciones empresariales por las contingencias de AT y EP.
- ✦ Las aportaciones de los trabajadores.

El cumplimiento del aplazamiento debe asegurarse mediante garantía suficiente para cubrir la totalidad de la deuda, recargos, costas del procedimiento y los intereses que se devenguen desde su concesión hasta la fecha de pago conforme al interés de demora vigente en cada momento, este interés podrá incrementarse en un 2 por 100 si el deudor fuera eximido de la obligación de constituir garantías por causas de carácter extraordinario (art. 23.5 TRLGSS según redacción dada por la Disp. Final 5.ª Uno LPGE 2013). Esta garantía suficiente deberá presentarse en el plazo de treinta días naturales siguientes a la notificación de su concesión, salvo que se determine un plazo superior que no podrá exceder de seis meses. No obstante, no es necesaria la constitución de garantías en los siguientes supuestos:

- ✦ Cuando el solicitante sea la AGE, una CA, una Entidad de la Administración Local o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia.
- ✦ Cuando el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 30.000 euros o siendo inferior a 90.000 euros se acuerde que se ingrese al menos un tercio de la deuda antes de que hayan transcurrido diez días desde la notificación de la concesión y el resto en los dos años siguientes.
- ✦ Cuando se trate de deuda correspondiente a prestaciones indebidamente percibidas, siempre que el sujeto responsable de su reintegro mantenga la condición de pensionista de la Seguridad Social.
- ✦ En los aplazamientos en que el Secretario de Estado de Seguridad Social autorice expresamente su exención.

En el caso de incumplimiento del aplazamiento se dictará sin más trámite providencia de apremio por la deuda aplazada, a la que se aplicará un recargo del 20% del principal de haberse cumplido dentro de plazo las obligaciones de transmisión por medios electrónicos a la TGSS de las liquidaciones de cuotas, salvo en aquellos casos que proceda la presentación de los correspondientes documentos de cotización si se utiliza el sistema de autoliquidación de cuotas o no hubieran transmitido por medios electrónicos los datos que permitan realizar a la TGSS el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador, si se hubiese utilizado el sistema de liquidación directa de cuotas. En el caso de que no se hubiesen cumplido dichas obligaciones dentro de plazo se aplicará un recargo del 35% sobre el principal (art. 23.6 TRLGSS).

#### b) Ingresos fuera del plazo reglamentario

El ingreso de las cuotas fuera del plazo reglamentario dará lugar al devengo automático de los siguientes recargos (art. 30.1 TRLGSS):

- ✦ Si los sujetos responsables hubiesen cumplimentado en plazo las obligaciones de transmisión por medios electrónicos a la TGSS de las liquidaciones de cuotas, salvo en aquellos casos que proceda la presentación de los correspondientes documentos de cotización si se utiliza el sistema de autoliquidación de cuotas (hasta el último día natural del plazo reglamentario de ingreso) o no hubieran transmitido por medios electrónicos los datos que permitan realizar a la TGSS el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador, si se hubiese utilizado el sistema de liquidación directa de cuotas (hasta el penúltimo día natural del plazo reglamentario de ingreso):
  - Recargo del 20 por 100 de la deuda si se abonasen las cuotas debidas tras el vencimiento de dicho plazo.
- ✦ Si no se hubiesen cumplimentado por los sujetos responsables las obligaciones referidas en el punto anterior dentro de plazo:
  - Recargo del 20 por 100 de la deuda si se abonasen las cuotas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.
  - Recargo del 35 por 100 de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso.

La modificación operada en el artículo 30 TRLGSS, primero por el RDL-MESFO y posteriormente por LMELIC respecto a los recargos, se ha hecho con una doble finalidad: por un lado, se pretende simplificar y mejorar el régimen de la gestión recaudatoria y, por otro lado, favorecer la aplicación del procedimiento para el aplazamiento del pago de cuotas frente al sistema progresivo de recargos de la recaudación anterior, facilitando de esta manera a las empresas que tengan dificultades transitorias de tesorería el acudir a los medios de regularización de la deuda en lugar de permanecer en una situación de incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

c) Reclamaciones de deuda por cuotas

Una vez transcurrido el plazo reglamentario del pago de las cuotas sin efectuar su ingreso, la TGSS podrá expedir la correspondiente Reclamación de deuda al sujeto responsable, ya sea directo, solidario, subsidiario o *mortis causa*, en los casos siguientes (arts. 333.1 TRLGSS y 62 RGR, según redacción dada por el art. 3. Trece RD 708/2015):

- Falta de cotización de trabajadores dados de alta, cuando no se hubiesen presentado dentro de plazo las liquidaciones de cuotas por medios electrónicos a la TGSS, salvo en aquellos casos que proceda la presentación de los correspondientes documentos de cotización si se utiliza el sistema de autoliquidación de cuotas o no se hubieran transmitido por medios electrónicos los datos que permitan realizar a la TGSS el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador, si se hubiese utilizado el sistema de liquidación directa de cuotas. o cuando habiéndose presentado dicha documentación contenga errores aritméticos o de cálculo que resulten directamente de tales documentos.
- Falta de cotización de trabajadores dados de alta que no consten en las liquidaciones de cuotas o datos de cotización transmitidos ni en los documentos de cotización presentados en plazo, respecto de los que se considerará que no se han cumplido las obligaciones referidas en el punto anterior.
- Diferencias de importe entre las cuotas ingresadas y las que legalmente corresponde liquidar que resulten directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, siempre que no proceda realizar una valoración jurídica por la ITSS sobre su carácter cotizable.
- Deudas por cuotas cuya liquidación no corresponda a la ITSS.

Asimismo, procederá también reclamación de deuda a los responsables solidarios, responsables subsidiarios y a los responsables por causa de la muerte del deudor originario, en los supuestos en que la TGSS tenga conocimiento de los mismos o sean comunicados por la ITSS (art. 33.2 TRLGSS).

Las reclamaciones de deudas se extenderán en función de las bases de cotización por las que se hubiera efectuado la liquidación de cuotas en el supuesto de que el sujeto responsable hubiese presentado en plazo las liquidaciones de cuotas por medios electrónicos a la TGSS, salvo en aquellos casos que proceda la presentación de los correspondientes documentos de cotización si se utiliza el sistema de autoliquidación de cuotas o hubiera transmitido por medios electrónicos los datos que permitan realizar a la TGSS el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador, si se hubiese utilizado el sistema de liquidación directa de cuotas. En el supuesto de que el sujeto responsable hubiese incumplido dichas obligaciones dentro de plazo, se tomará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviesen encuadrados los trabajadores (art. 35.1 TRLGSS).

El plazo de ingreso de los importes exigidos en la Reclamación de deuda es:

- Las notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.
- Las notificadas entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

d) Actuación de la ITSS en expedientes liquidatorios

Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas por parte del sujeto responsable, la actuación de la ITSS podrá consistir en: formular una Propuesta de liquidación, extender un Acta de Liquidación o formular un Requerimiento de pago de deuda.



#### a') Propuesta de Liquidación

La Propuesta de liquidación se podrá formular en los siguientes supuestos (art. 30 RD 928/1998):

- Falta total de cotización respecto de los trabajadores dados de alta sin haberse presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario.
- Respecto de trabajadores en alta que no figuren en los documentos de cotización, aunque se hayan presentado en plazo.

Esta Propuesta de liquidación es un documento interno que se comunica por la ITSS a la TGSS para que formalice la correspondiente Reclamación de deuda.

#### b') Acta de Liquidación

El Acta de Liquidación se podrá extender en los siguientes casos (arts. 34 TRLGSS y 65 RGR, según redacción dada por el art. 3 Catorce RD 708/2015):

- Falta de afiliación o de alta de los trabajadores en cualquiera de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social.
- Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, resulten o no directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, dentro o fuera de plazo, incluidas las aplicadas por compensaciones o deducciones.
- Derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago.
- Aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

Las Actas de Liquidación una vez notificadas a los interesados, tendrán el carácter de provisionales, y se elevarán a definitivas mediante Resolución del órgano competente de la TGSS (art. 34.2 y 4 TRLGSS).

Los importes de las deudas que figuren en las Actas de Liquidación serán hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de la notificación de la Resolución que la eleva a definitiva, iniciándose, en otro caso, la vía de apremio. Si el sujeto responsable diera su conformidad a la liquidación practicada e ingresara su importe en el plazo señalado, el importe del Acta de infracción que se tramita coordinadamente con el Acta de Liquidación se reducirá automáticamente en un 50 por 100, aunque esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente (art. 34.4 TRLGSS).

Las Actas de Liquidación se calcularán en función de la remuneración total que perciba el trabajador o que tenga derecho a percibir y cuando la ITSS se vea imposibilitada de conocer el importe de las remuneraciones percibidas por el trabajador, se estimará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización en que hubiese estado encuadrado el trabajador (art. 35.2 TRLGSS).

Contra la resolución que eleva a definitiva el Acta de Liquidación cabe interponer recurso de alzada, y contra la resolución a dicho recurso se puede interponer recurso contencioso administrativo.

#### c') Requerimiento de pago de deuda

El Requerimiento de pago de deuda lo podrá formular el personal inspector, mediante diligencia en el Libro de visitas o en documento aparte, cuando compruebe la existencia de deudas por cuotas a la Seguridad Social e inste al sujeto responsable a su abono en lugar de iniciar expediente sancionador y liquidador. El plazo de cumplimiento del requerimiento no ha de ser inferior a un mes ni superior a cuatro meses y deberá justificarse ante la ITSS su cumplimiento, en caso contrario, se procederá a practicar la correspondiente Acta de Liquidación e Infracción (art. 35 RD 928/1998).

### B) *Recaudación en vía ejecutiva*

Transcurridos los plazos establecidos para el ingreso de la deuda en período voluntario y el nuevo plazo concedido por los actos recaudatorios o resolución del recurso de alzada, se inicia automáticamente la vía ejecutiva mediante la providencia de apremio, dictada por el Director Provincial de la TGSS, la cual se expide a partir del primer día hábil siguiente a aquel en que finalizó el plazo para el ingreso de la Reclamación de deuda o Acta de Liquidación, o del primer día siguiente a los concedidos para el ingreso en la resolución administrativa del recurso de alzada, o en su defecto, transcurridos quince días desde su notificación (arts. 38.1 TRLGSS, y 70 y 71 RGR).

La providencia de apremio se considera título ejecutivo en los mismos términos que una sentencia judicial firme. Dicha providencia será notificada al deudor, con la advertencia de que si no efectúa el abono de la deuda en el plazo de quince días se procederá al embargo de los bienes en cantidad bastante para el pago de la deuda principal, recargo de apremio, intereses y costas del procedimiento. Para asegurar dicho pago cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares (art. 34.2 RGR).

Contra la providencia de apremio sólo será admisible el recurso de alzada basado en el pago de la deuda, prescripción de cuatro años desde en que finalice el plazo reglamentario del pago de las cuotas y desde el día siguiente al de su ingreso de las cuotas indebidas, error material o aritmético en la determinación de la deuda, condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento y falta de notificación de la reclamación de deuda, acta de liquidación o de las resoluciones derivadas de las mismas (arts. 38.3 TRLGSS y 86 RGR). La interposición del recurso dará lugar a la suspensión del procedimiento de apremio (art. 38.3 TRLGSS).

Las actuaciones del procedimiento de apremio para el cobro de la deuda prevén un incremento sobre la cuantía exigible de hasta un 10 por 100, por costas e intereses que puedan devengarse, sin superar el 3 por 100 del importe de la deuda (art. 87.3 RGR).

En el caso de firmeza de la providencia de apremio y de que no se haya realizado el ingreso de la deuda, la URE procederá al embargo de los bienes en cuantía suficiente para cubrir la deuda, el recargo y los costes de procedimiento (art. 87 RGR). Respecto a los bienes embargables se siguen las normas contenidas en la LEC (arts. 592.2 y 3, 605 y 606). En el caso de tercerías —bienes embargados pertenecientes a un tercero o en el derecho preferente de éste a reintegrarse de su crédito— la resolución corresponde a la TGSS (art. 39 TRLGSS y 132 a 135 RGR).

El procedimiento de apremio finaliza por los siguientes supuestos (art. 116 RGR):

- + Cuando esté totalmente solventado el débito perseguido.
- + Acuerdo de insolvencia total o parcial del deudor.
- + Concesión de aplazamiento de los débitos.
- + Acuerdo de la Dirección Provincial de TGSS de haber quedado extinguido el débito por cualquier causa legal.

La revisión de las resoluciones en materia de gestión recaudatoria corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. COTIZACIÓN

- BLASCO LAHOZ, J. F.: «El nuevo sistema de “bonus” en las cotizaciones por disminución de la siniestralidad laboral», *IL*, n.º 9/2010.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Régimen de cotización a la Seguridad Social de las retribuciones en especie», *AL*, n.º 42/2002.
- GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F.: «La obligación de mantener en alta al trabajador y cotizar en los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias», *AS*, n.º 11/2001.
- GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, S.: «Las afiliaciones y/o altas de oficio en la Seguridad Social y las liquidaciones de cuotas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: su posible contradicción», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 1/2003.
- GÚZMAN LÓPEZ DE LAMADRID, M. E.: «Principio de proporcionalidad en la asignación de tipos de cotización por AT y EP: dos supuestos debatidos», *AL*, n.º 4/2005.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: «La reducción en los tipos de cotización empresarial como instrumento de fomento del empleo en la nueva reforma laboral», *RL*, n.ºs 15/2007 y 16/2007.
- LAFUENTE SUÁREZ, J. L.: «El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales: análisis crítico de urgencia», *AL*, n.º 13/2010.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: «Incrementos fraudulentos de bases de cotización», *AS*, n.º 1/2011.
- MARÍN MORAL, I.: «Incompetencia del orden social para ejecutar un acuerdo judicial sobre despido por impago empresarial de cuotas de IRPF y cotizaciones sociales», *AS*, n.º 15/2010.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P.: «Tarifa plana en la cotización a la Seguridad Social por el contratación indefinida ¿un caramelo que nos puede amargar?». *IL* n.º 2/2014.
- MATEOS BEATO, A.: «Sobre la cotización a la Seguridad Social por dietas, gastos por desplazamiento y plus de distancia y transporte», *IL*, n.º 1, 2000.
- OLLO LURI, M. P.: «La cotización ficticia por parto viene a paliar la discriminación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4/2010.
- PALOMINO SAURINA, P.: «Cotización de las retribuciones de vencimiento superior al mensual», *RJD*, n.º 27/2009.
- PANIZO ROBLES, J.A. : «El desarrollo reglamentario del sistema de liquidación directa de las cotizaciones a la Seguridad Social (Comentario al RD 708/2015, de 24 de julio)». *Aranzadi digital* n.º 1/2015.
- «El nuevo sistema de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social: la liquidación directa por la Administración». *RIL* n.º 1/2015.
- «La determinación de la base de cotización a la Seguridad Social (A propósito del RD 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social)». *RIL* n.º 7/2014.
- PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «La información sobre las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la empresa: El nuevo modelo de recibo individual de salarios». *RIL* n.º 11/2014.
- «Sistema de liquidación directa: medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, con especial referencia a las claves del nuevo sistema de liquidación directa de cuotas y por conceptos de recaudación conjunta». *RIL* N.º 8/2014.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «La nueva tarifa de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007», *IL*, n.º 1/2007.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La crianza de los hijos y la atención a dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras la revisión del pacto de Toledo», *AS*, n.º 8/2011.
- SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J. M.: «El nuevo desarrollo reglamentario de las Bases de Cotización al Régimen General de la Seguridad Social», *IL*, n.º 28/1998.

- «¿La obligación de la cotización a la Seguridad Social es independiente de la previa afiliación?», *IL*, n.º 24/2004.
- «Cotización a la Seguridad Social de la compensación por el pacto de no concurrencia postcontractual», *IL*, n.º 26/2002.
- «Cotización a la Seguridad Social de las indemnizaciones por suspensión del contrato de trabajo en supuestos especiales», *IL*, n.º 12/2002
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Ausencia de responsabilidad pese al descubrimiento prolongado de cotizaciones», *AS*, vol. III, 1999.
- SERRATS MARTÍNEZ, J.: «La nueva tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *Consell Obert*, n.º 252/2010.
- SIRVERNT HERNÁNDEZ, N.: «La obligación de cotizar durante la situación de incapacidad laboral transitoria: su extensión temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable», *REDT*, n.º 64/1994.
- TRILLO GARCÍA, A. R.: «La cotización de los deportistas profesionales y de alto nivel», *Revista Jurídica del deporte*, n.º 29/2010.
- VIDAL GALLARDO, M.: «El principio de igualdad y no discriminación por razones religiosas en el régimen de cotización a la seguridad social de los ministros del culto». *RAD* n.º 2/2016.
- VVAA: «Cuadro comparativo de las normas afectadas por la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social». *Aranzadi digital* n.º 1/2015.

## II. RECAUDACIÓN

- ABLANEDO REYES, E.: «A propósito del artículo 55 de la Ley Concursal y la recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social», *TRS*, n.º 208/2008.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C.: «Actas de liquidación a cooperativa: falta de alta o tardía, multiactividad, validez probatoria y rectificación cuantitativa», *AS*, vol. I, 1999.
- CLEMENTE PICÓN, A.: «La cotización y recaudación de la Seguridad Social», *Revista Técnico Laboral*, n.º 37/1988.
- CAMPUZANO, A. B.: «El Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (RCL 2005, 1770), por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 6/2005.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La reforma en la recaudación de la cotización de Seguridad Social: Ley 52/2003, de 10 de diciembre (RCL 2003, 2877) y Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio», *IL*, n.º 25/2004.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Recensión al libro “La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social” de Madrid Yagüe, Pilar», *REDT*, n.º 112/2002.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «La reforma de los reglamentos de Seguridad Social acometida por Real Decreto 1.041/2005», *AS*, n.º 15/2005.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «Los aplazamientos en el nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social», *AL*, n.º 17/2005.
- «La providencia de apremio en el nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social», *RL*, 21/2004.
- «El desarrollo normativo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social», *Diario La Ley*, n.º 6.280/2005.
- «La rectificación de errores materiales de los actos de gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-327, tomo 5.
- MERCADER UGUINA, J. R., y De la Puebla Pinilla, A.: «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social», *RL*, n.º 22/2004.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «La gestión recaudatoria de la Seguridad Social», *RTSS*, n.º 256/2004.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Recensión al libro “La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social” de Pilar Madrid Yagüe», *REDT*, n.º 131/2006.

## CAPÍTULO 8.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (I): PROTECCIÓN DE LA SALUD E INCAPACIDAD TEMPORAL

La cobertura de las situaciones de necesidad es la razón última de todo el Sistema de Seguridad Social. En el presente capítulo y en los sucesivos se va a abordar el estudio de las prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social. Las prestaciones son el mecanismo protector a través del cual la Seguridad Social hace frente al daño causado al sujeto protegido y que se materializa en una situación o estado de necesidad.

De la protección de la salud conviene destacar que aunque el derecho a la salud (art. 43 CE) y el derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE) aparecen como dos derechos distintos en nuestro texto constitucional, existe una clara tendencia a unificar la asistencia sanitaria que dispensa el SNS y la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, como consecuencia de la extensión progresiva del principio de universalización subjetiva en que se inspira la LGS de 1986. No obstante, en la actualidad y a pesar de que la LGSS no incluyera la normativa reguladora de la asistencia sanitaria del anterior texto del año 1974, es perfectamente diferenciable la protección de la salud prestada por el SNS y la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la cual a su vez tiene una clara diferenciación entre sus dos niveles: el contributivo y el asistencial, en función de los sujetos incluidos en una u otra y en sus fuentes de financiación. Sin embargo, esta tendencia unificadora se ha visto truncada con la aprobación del RDL-MUSSNS, el cual introduce la condición de asegurado como requisito imprescindible para ser beneficiario de la asistencia sanitaria, restringiendo de esta manera el principio de universalidad del SNS en aras de su sostenibilidad y con la finalidad, como reza su exposición de motivos, de garantizar en el futuro a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal.

La prestación de IT, que también se estudiará en este capítulo, está íntimamente relacionada con la asistencia sanitaria, ya que ésta constituye el requisito previo para que se produzca el hecho causante de aquélla. Además, la prestación de IT tiene una gran importancia dentro del Sistema de Seguridad Social por la cobertura de los riesgos que asume: la reparación de la salud del trabajador y la disminución de ingresos que la alteración de la salud le provoca.

Sin embargo, la prestación de IT es una de las que más cambios normativos ha sufrido en los últimos tiempos, desde su denominación —con anterioridad se llamaba incapacidad laboral transitoria— hasta su duración, cuantía y formas de gestión. La razón de todos estos cambios normativos hay que buscarlos en su alto coste dentro del presupuesto de la Seguridad Social, pretendiéndose con ello tres



finalidades: recortar su alcance o contenido —se ha suprimido la invalidez provisional—, privatizar parte de su coste, cargando a los empresarios con el pago de la prestación desde el día cuarto hasta el décimo quinto e incrementar las medidas de control con el objeto de evitar las situaciones de abuso o de fraude.

## I. PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la salud es un derecho constitucional (art. 43 CE) que está incluido dentro de los principios rectores de la política social y económica y que, por lo tanto, ha necesitado del concurso de una prolíja legislación ordinaria para su desarrollo y aplicación. Independientemente de su carácter de derecho subjetivo, del que no existe duda alguna, su ejercicio puede realizarse a través del ámbito público, del laboral o a través de las políticas de los poderes públicos en materia de consumo, protección de la naturaleza y del medio ambiente en general.

A efectos prácticos, los problemas que plantea la protección de la salud vienen derivados del enorme coste que supone la misma, a la que no son ajenos el envejecimiento progresivo de la población y una gestión diversificada por CCAA, en muchos casos manifiestamente mejorable, que ha sido motivo de conflicto entre el Estado y las CCAA por su financiación. La gestión de la protección de la salud se ve seriamente dificultada por insuficiencias vinculadas al recorte en el gasto sanitario como consecuencia de los ajustes presupuestarios motivados por la crisis económica desatada en 2008. En este ámbito deben destacarse las denominadas listas de espera; la calidad en la prestación de los servicios sanitarios debido a la reducción de personal, extremos estos sobre los que está incidiendo la acción de los poderes públicos con éxito dispar y en algunos casos poniendo en entredicho la unidad del sistema. Junto a ello el recurso sistemático a la formalización de conciertos con entidades sanitarias privadas no deja de ser inquietante por lo que puede suponer de fractura en el régimen público de Seguridad Social, teniendo en cuenta la tajante prohibición de que la ordenación de la Seguridad Social pueda servir, en ningún caso, de fundamento a operaciones de lucro mercantil (art. 4.3 TRLGSS); interdicción cuyo recto sentido ha de impedir que los sujetos privados que intervienen en el sistema bajo fórmulas de gestión o responsabilidad privadas puedan obtener ese beneficio, pues esa prohibición encuentra su razón de ser en el carácter público de tal sistema, susceptible de canalizarse mediante distintos modelos, pero que, no obstante, han de preservar la garantía institucional del mismo, de la que forma parte sustancial dicha publicación (SSTC 37/1994 y 206/1997).

### I. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

Tradicionalmente, en nuestro país, la asistencia sanitaria pública ha tenido dos vertientes: la colectiva, de carácter preventivo, gestionada por el Estado y la específica, de carácter reparador, protectora de los trabajadores y gestionada por la Seguridad Social.

La CE de 1978 diferencia el derecho genérico a la protección de la salud (art. 43) del régimen público de Seguridad Social (art. 41). Sin embargo, ha existido una clara tendencia a la unificación, iniciada con el RD 137/1984 cuya finalidad era la de integrar las actividades de sanidad preventiva y asistencial. Posteriormente la LGS, además de reconocer el principio de universalidad subjetiva, creó el SNS gestionado a través de los Servicios Públicos de Salud de las distintas CCAA, los cuales en su totalidad han asumido las competencias que tenía encomendadas el INSALUD. Hoy en día, dicho organismo ha desaparecido como tal y ha pasado a denominarse INGESA, cuyo ámbito competencial queda reducido a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (RD 840/2002 y RD 1.746/2003).

La existencia de diecisiete Servicios Públicos de Salud, uno por cada CA, ha exigido una necesaria coordinación por parte del Estado, que se ha plasmado en la LSNS con el fin de garantizar la equidad, la

calidad y la participación social en el SNS y la colaboración activa de éste en la relación de las desigualdades en salud.

La creación del SNS, sin embargo, no ha significado, de momento, la desaparición de la prestación de la asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, ni las prestaciones de asistencia sanitaria correspondientes a los RREE y al mutualismo funcional (MUFACE, MUGEJU, ISFAS), aunque bien es verdad que la LGSS en su objetivo refundidor del 94 no incluyó en su texto la normativa reguladora de la asistencia sanitaria del texto del 74.

La protección de la salud en el ámbito de la Seguridad Social se realiza a través de la prestación de la asistencia sanitaria, la cual tiene dos niveles. Por una parte, el contributivo o de carácter profesional que incluye a todas las personas comprendidas dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y que contribuyen a su financiación. Por otra parte, el asistencial o no contributivo, al que tienen derecho las personas que no dispongan de recursos económicos suficientes (RD 1.088/1989), extendiéndose así el principio de universalización subjetivo recogido en la LGS. La financiación de este nivel, a partir del año 1991, se realiza íntegramente por la LPGE, sin tener vinculaciones financieras con la Seguridad Social.

La tendencia, como ya se ha apuntado, ha sido la de unificar la asistencia sanitaria que dispensa el SNS y la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, como consecuencia de la extensión progresiva del principio de universalización subjetiva de la asistencia sanitaria que protege a los ciudadanos en general, independientemente de que reúnan unos requisitos previos. Sin embargo, esta tendencia se ha visto truncada con la aprobación del RDL-MUSSNS, ya que a pesar de reconocer que nuestro sistema sanitario es un referente mundial y que está en la vanguardia sanitaria, ha introducido la condición de asegurado con el fin de restringir el principio de universalidad del SNS en aras de su sostenibilidad y que pueda garantizar en un futuro a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal.

Según se explica en la exposición de motivos del RDL-MUSSNS, la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, ya que las CCAA han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy diversa, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al SNS a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación, perdiéndose eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que ha provocado una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias.

Por lo tanto, la condición de asegurado será necesaria para tener derecho a la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios tras la reforma operada por el RDL-MUSSNS, pretendiendo de esta manera —según reza su exposición de motivos— excluir a aquellas personas que ya tienen cubierta la asistencia sanitaria, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, pero dejando fuera de cobertura, también, a otros colectivos con grave riesgo de exclusión social, como son los extranjeros más desfavorecidos que por no disponer de autorizaciones administrativas se encuentren en nuestro país en situación irregular.

## 2. SUJETOS PROTEGIDOS

La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado (art. 3.1 LSNS según redacción dada por el art. 1.Uno RDL-MUSSNS).

### A) Sujetos protegidos por la Seguridad Social

Tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos [art. 3, núms. 2 a 6 LSNS).

a) Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia afiliados y en alta o situación asimilada al alta (arts. 3.2, a) LSNS y art. 2.1,a) 1º RD 1.192/2012). A tal efecto, se considerarán en situación asimilada al alta:

- Los trabajadores que causen baja en el Régimen General habiendo permanecido en alta un mínimo de 90 días durante los 365 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la baja (art. 6 D. 2.766/1967).
- Los trabajadores que causen baja en el Régimen General sin haber permanecido en alta un mínimo de 90 días durante los 365 días inmediatamente anteriores a la fecha de la baja, siempre y cuando se trate de la continuación de la prestación que venía percibiendo en el momento de producirse aquélla durante unos períodos máximos de 39 o 26 semanas, según se trate, respectivamente, del trabajador o de sus beneficiarios (art. 6 D. 2.766/1967).
- Los trabajadores que hayan causado baja en el Régimen General para emigrar a países extranjeros (RD 996/1986), trabajadores por cuenta propia en el extranjero (RD 1.564/1998), siempre y cuando hayan suscrito un convenio especial. Asimismo los emigrantes españoles trabajadores y pensionistas que retornen a territorio nacional y sus familiares, cuando no tengan prevista esta cobertura de acuerdo con las normas de la Seguridad Social española, las del estado de procedencia o las normas o convenios internacionales en esta materia, y sin que en este caso se exija ya la suscripción de un convenio especial (art. 26 RD 8/2008, de 11 de febrero, modificado por la Disp. Adic. quinta LGPE-2016).
- Los trabajadores contratados *contra legem* si la asistencia sanitaria deriva de AP y EP.
- Las trabajadoras extranjeras al servicio de empresas integradas en el Régimen General en los supuestos de maternidad.
- Los trabajadores en excedencia forzosa propia y en excedencia forzosa de carácter especial o impropia por cuidado de hijo y de ciertos familiares (arts. 46,3 TRET y 36.1, 2º y 3º RD 84/1996).
- Los trabajadores despedidos que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción laboral demanda por despido improcedente o nulo (art. 36.1, 12º RD 84/1996).
- Los trabajadores en huelga y durante el cierre patronal (arts. 166.7 TRLGSS y 6.3 RDL 17/1977).

b) Pensionistas del Sistema de la Seguridad Social (arts. 3.2,b, LSNS y 2.1, a) 2º RD 1.192/2012). Junto a los supuestos generales, la prestación de asistencia sanitaria se reconoce asimismo a los siguientes colectivos:

- Pensionistas del SOVI que no tengan derecho a las prestaciones sanitarias por otras causas (OM 31-1-1970).
- Pensionistas de viudedad, orfandad o en favor de familiares de los fallecidos como consecuencia de la guerra civil (Ley 5/1979).
- Pensionistas ex combatientes de la zona republicana (Ley 35/1980).
- Pensionistas que adquirieron tal condición por reconocimiento de los servicios prestados durante la guerra civil en las Fuerzas Armadas y de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República (Ley 37/1984).
- Pensionistas de pensiones extraordinarias por acto de terrorismo que no tengan derecho a la asistencia por otra causa (RD 851/1992).
- Perceptores de pensiones no contributivas (arts. 363 y 369 TRLGSS).
- Pensionistas asistenciales (Ley 45/1960).

c) Perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza (arts. 3.2, c) LSNS y 2.1, °, 3º RD 1.192/2012).

d) Desde el 1 de enero de 2012, las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, se encuentren en situación de desempleo, no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título y residan en España [art. 3.2.d) LSNS según redacción dada por la Disp. Final Décima primera.<sup>a</sup> LPGE 2014 y art. 2.1, 4º RD 1.192/2012]. A partir del 1 de enero de 2016, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a una nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó las referidas prestación o subsidio (Disp. final quinta LPGE-2016).

e) Beneficiarios del asegurado (art. 3.4 LSNS según redacción dada por el art. 1 RDL-MUSSNS y art. 3.3 RD 1.192/2012). Los requisitos que se le exigen al beneficiario del asegurado consisten en tener residencia autorizada y efectiva en España (salvo que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que estos se encuentren en situación asimilada a la de alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español) y no ostentar la condición de persona asegurada (art. 3.3 RD 1.192/2012). A tal efecto se consideran beneficiarios:

- ✦ El cónyuge de la persona asegurada o que conviva con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho.
- ✦ El ex cónyuge a cargo del asegurado, o el separado judicialmente, igualmente, a cargo del asegurado, mientras viva el titular directo y la persona divorciada o separada no tenga derecho por otra causa (Disp. Adic. 10.<sup>a</sup> Ley 30/1981) y perciban una pensión compensatoria por parte del asegurado.
- ✦ Los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100.
  - Tendrán la consideración de personas asimiladas a los descendientes las siguientes: 1) Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial; y 2) Las hermanas y los hermanos de la persona asegurada.
  - Se entenderá que los descendientes y personas a ellos asimiladas se encuentran a cargo de una persona asegurada si conviven con la misma y dependen económicamente de ella (art. 3.2 RD 1.192/2012). A tales efectos se considerará: 1) que los menores de edad no emancipados se encuentran siempre a cargo de la persona asegurada; 2) que en los casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares, existe convivencia con la persona asegurada; y 3) que los mayores de edad y los menores emancipados no dependen económicamente de la persona asegurada si tienen unos ingresos anuales que superen el doble de la cuantía del IPREM, también en cómputo anual.

f) Suscriptores de un Convenio Especial (art. 3.5 LSNS, Disp. Adic. tercera RD 1.1192/2012 y RD 576/2013, de 26 de julio). Podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria aquellas personas que residan en España cuando no tengan la condición de aseguradas ni de benefi-

ciarias del SNS, siempre que reúnan los siguientes requisitos (art. 3 RD 576/2013, desarrollado por la OM 1475/2014):

- ✦ Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- ✦ Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- ✦ No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

La suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria determinará la obligación de abonar a la administración pública con la que se suscriba el mismo, 60 euros mensuales si el suscriptor tiene menos de 65 años o 157 euros mensuales si tiene 65 o más años (art. 6 RD 576/2013).

g) Personas titulares o beneficiarias de los RREE gestionados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS. Estas personas continuarán con su régimen jurídico específico de asistencia sanitaria y las que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En el supuesto de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada se reclamará al tercero obligado (art. 3.6 LSNS).

### *B) Sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud*

Tendrán la condición de asegurados, aunque no estén protegidos por el Sistema de Seguridad Social, las personas que residan en el territorio español, que acrediten no superar el límite de ingresos de cien mil euros en cómputo anual, obtenidos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y por ganancias patrimoniales, que no tengan cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía y que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos [art. 3.3 LSNS según la redacción dada por el art. 1.Uno RDL-MUSSNS y art. 2.1.b) y art. 2.3 RD 1.192/2012]:

- ✦ Los nacionales españoles.
- ✦ Los nacionales de los Estados miembros de la UE, inscritos en el Registro Central de Extranjeros.
- ✦ Los nacionales de los Estados que forman parte del EEE o de Suiza, inscritos en el Registro Central de Extranjeros.
- ✦ Los extranjeros de otros países o apátridas titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras se mantenga vigente.
- ✦ Las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión, mientras permanezcan en esta situación. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo a las víctimas de trata de seres humanos con necesidades especiales (Disp. Adicional quinta RD 1.192/2012).
- ✦ Los menores de edad sujetos a tutela administrativa (art. 2.2 RD 1.192/2012).

No obstante, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en los casos (art. 3 ter LSNS añadido por el art. 1.Tres RDL-MUSSNS):

- ✦ De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- ✦ De asistencia al embarazo, parto y postparto.



- En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

También tendrán derecho a la prestación de la asistencia sanitaria los beneficiarios del asegurado (art. 3.4 LSNS según redacción dada por el art. 1 RDL-MUSSNS), siempre que tengan residencia autorizada y efectiva en España y no ostenten la condición de persona asegurada (art. 3.3 RD 1.192/2012), en los mismos términos que antes se expuso.

### 3. RECONOCIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO

#### A) Reconocimiento de la condición de asegurado

La ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio estatal y la descoordinación entre los servicios de salud autonómicos ha provocado una falta de uniformidad de las prestaciones y de los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas CCAA. Para paliar estos problemas se ha centralizado en unas instituciones como el INSS o el ISM, a través de sus respectivas direcciones provinciales, el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo (art. 3 bis.1 LSNS añadido por el art. 1.Dos RDL-MUSSNS y art. 4.1 RD 1.192/2012).

Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo por el INSS o el ISM, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 bis.2 LSNS añadido por el art. 1.Dos RDL-MUSSNSD 1.192/2012).

El reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario se realizará de oficio, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos vistos en el epígrafe anterior, para los sujetos protegidos por el Sistema de la Seguridad Social y por el SNS, cuando estos últimos ya dispusieran de una tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud como titulares o como personas sin recursos suficientes (art. 5 RD 1.192/2012 y RD 1.088/1989, de 8 de septiembre).

En aquellos supuestos en que el reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario no se haga de oficio requerirá la presentación de una solicitud de los interesados dirigida a la dirección provincial del INSS o, en su caso, del ISM, correspondiente a su domicilio (art. 6.1 RD 1.192/2012), acompañada de la documentación exigida a tal efecto (art. 6.2 RD 1.192/2012).

#### B) Extinción de la condición de asegurado

La condición de persona asegurada se extinguirá por los siguientes motivos (art. 7.1 RD 1.192/2012):

- Por dejar de cumplir los requisitos exigidos a los sujetos protegidos, vistos en el epígrafe anterior, en cuyo caso, la condición de persona asegurada se extinguirá el primer día del segundo mes siguiente a aquel en que concurra la causa extintiva, salvo que se trate de la superación del límite de ingresos ya señalado, en cuyo caso la extinción se producirá con efectos del día uno de enero del año siguiente a aquel en que tal hecho se produzca. La extinción de la condición de persona asegurada en este supuesto conlleva también la de las personas beneficiarias del mismo.
- Por fallecimiento.

La condición de beneficiario de una persona asegurada se extinguirá por los siguientes motivos (art. 7.2 RD 1.192/2012):

- Por dejar de cumplir las condiciones exigidas para disfrutar de tal condición, en cuyo caso la extinción se producirá el primer día del segundo mes siguiente a aquel en que concurra la causa extintiva. No obstante, existe una excepción respecto al hecho de dejar de residir en territorio

español, cuando así lo establezcan las normas internacionales en materia de Seguridad Social que resulten de aplicación.

- ✦ Por pasar a ostentar la condición de persona asegurada, en cuyo caso, la condición de beneficiario se extinguirá el día en que se adquiriera la condición de persona asegurada. No obstante, si con posterioridad, se pierde la condición de persona asegurada pero se siguen reuniendo los requisitos para ser beneficiario, el reconocimiento de esta última condición tendrá efectos desde el día siguiente a aquel en que se extinga la condición de persona asegurada.
- ✦ Por fallecimiento.

El reconocimiento de la variación o extinción de la condición de asegurado o beneficiario corresponde, igualmente, al INSS o, en su caso, al ISM, a través de sus direcciones provinciales (art. 8.1 RD 1.192/2012).

Por otra parte, los interesados están obligados a comunicar al INSS o al ISM las modificaciones que afecten a su condición de asegurado o beneficiario, en el plazo máximo de un mes a contar desde el momento en que dicha modificación se haya producido (art. 8.1 RD 1.192/2012). El incumplimiento de esta obligación por parte del interesado, no es impedimento para que dicha modificación o extinción opere con efectos retroactivos desde el mismo momento en que la misma debiera haber producido efectos y se produzca el reintegro del coste de las prestaciones obtenidas indebidamente (art. 8.3 RD 1.192/2012).

#### 4. CONTENIDO

El RDL-MUSSNS ha introducido importantes modificaciones en la cartera de servicios del SNS, estableciendo distintas categorías con la finalidad de gestionar mejor la realidad asistencial, al tiempo que homogeneiza los servicios de salud para facilitar la información y transparencia a que tienen derecho los ciudadanos. Asimismo, se ha pretendido resolver una cuestión no exenta de polémica como es la financiación de la atención sanitaria prestada a las personas residentes en una CA distinta de aquella que la está prestando, mediante la creación del Fondo de Garantía Asistencial.

##### *A) Catálogo de prestaciones*

El Catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud (art. 7.1 LSNS). Este catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio-sanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario (art. 7.2 LSNS).

Las prestaciones sanitarias del Catálogo se hacen efectivas mediante la cartera de servicios y únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados del SNS, salvo en situaciones de riesgo vital (art. 9 LSNS). Estas prestaciones son responsabilidad financiera de las CCAA (art. 10.1 LSNS) y son las siguientes:

##### *B) Cartera común de servicios*

La cartera de servicios se puede definir como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias (art. 8.1 LSNS según la redacción dada por el art. 2.Uno RDL-MUSSNS).

Esta cartera común de servicios del SNS se acordará en el Consejo Interterritorial del SNS, se aprobará mediante Real Decreto y se articulará en torno a las siguientes modalidades (art. 8.2 y 3 LSNS según la redacción dada por el art. 2.Uno RDL-MUSSNS):

a) Cartera común básica de servicios asistenciales

Esta cartera comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública (art. 8 bis LSNS añadido por el art. 2.Dos RDL-MUSSNS).

b) Cartera común suplementaria

Esta cartera comprende todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario (art. 8 ter.1 LSNS añadido por el art. 2.Tres RDL-MUSSNS).

Incluirá las siguientes prestaciones (art. 8 ter.2 LSNS añadido por el art. 2.Tres RDL-MUSSNS): prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, prestación con productos dietéticos y transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa por razones clínicas y con un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica (art. 8 ter.3 LSNS añadido por el art. 2.Tres RDL-MUSSNS).

El porcentaje de aportación del usuario se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación (art. 8 ter.5 LSNS añadido por el art. 2.Tres RDL-MUSSNS).

c) Cartera común de servicios accesorios

Esta cartera incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario (art. 8 quáter.1 LSNS añadido por el art. 2.Cuatro RDL-MUSSNS).

Las actividades, servicios o técnicas incluidas en esta modalidad de cartera se harán efectivas una vez se aprueben por orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (art. 8 quáter.2 LSNS añadido por el art. 2.Cuatro RDL-MUSSNS).

La aportación del usuario o, en su caso, el reembolso, se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como referencia el precio final de facturación que se decida para el SNS (art. 8 quáter.3 LSNS añadido por el art. 2.Cuatro RDL-MUSSNS).

*C) Cartera de servicios de las Comunidades Autónomas*

Las CCAA, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del SNS en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo (art. 8 quinquies.1 LSNS añadido por el art. 2.Cinco RDL-MUSSNS). En el caso de que las CCAA incorporen en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del SNS, deberán establecer los recursos adicionales necesarios (art. 8 quinquies.2 LSNS añadido por el art. 2.Cinco RDL-MUSSNS). Para la aprobación de la cartera de servicios complementarios de una CA, primero deben asegurarse los recursos necesarios para financiar la cartera común de servicios. En segundo lugar, y dado que la suficiencia financiera de tales servicios complementarios (art. 8, quinquies. 3 LSNS, añadido por el art. 2. Cinco RDL-MUSSNS) no está cubierta por la financiación

general de las prestaciones del SNS, la CA debe informar al respecto, de forma motivada, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 8 quinquies.4 LSNS, añadido por el art. 2.Cinco RDL-MUSSNS) y poner en conocimiento del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad los servicios complementarios no contemplados en la cartera común de servicios del SNS (art. 8 quinquies. 6 LSNS, añadido por el art. 2.Cinco RDL-MUSSNS).

De este modo, a través de la cartera de servicios complementarios, las CCAA «pueden establecer servicios adicionales para sus residentes...» y «mejorar el mínimo estatal pero en ningún caso empeorarlo» (STC 136/2012). En este sentido, conforme a la doctrina constitucional, la tasa autonómica que pretende gravar con una cuota de un euro por receta «los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación que deben dispensarse en las oficinas de farmacia», invade la competencia básica estatal en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), que incluye el régimen de financiación, «lo que impide el establecimiento de una tasa como la controvertida, que altera, haciéndolo más gravoso para los beneficiarios, el régimen de participación en el coste previsto por la norma del Estado», por lo que el precepto que la establece (el art. 41 de la Ley de la CA de Cataluña 5/2012), se declara inconstitucional y nulo (STC 71/2014).

## 5. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

### A) *Nacimiento*

Una vez reconocida por el INSS o por el ISM la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 bis.2 LSNS añadido por el art. 1.Dos RDL-MUSSNS).

La tarjeta sanitaria individual incluirá, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria. Los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas (art. 57.2 LSNS).

### B) *Duración*

Los asegurados o los beneficiarios del mismo conservarán el derecho a la prestación de la asistencia sanitaria mientras dure el proceso patológico.

No obstante, continuarán teniendo la consideración de asegurados a los efectos del derecho a la asistencia sanitaria:

a) Los trabajadores dados de baja en el Régimen General y sus beneficiarios (art. 6.2.1 y 2 D. 2.766/1967). Estos trabajadores tendrán derecho a la asistencia sanitaria en los siguientes supuestos:

- ✦ Si reúnen 90 días de alta en la Seguridad Social dentro de los 365 días naturales inmediatamente anteriores a la fecha de baja en la empresa, mantendrán el derecho a que se les inicie la prestación durante los 90 días naturales siguientes a la fecha de la baja, con una duración de:
  - 52 semanas para el titular y 26 semanas para los familiares si el derecho se inició antes de la fecha de la baja.
  - 39 semanas para el titular y 26 semanas para los familiares si el derecho se inició después de la fecha de la baja.
- ✦ Si no reúnen los 90 días de alta, la duración será de 39 semanas para el titular y 26 para los familiares, siempre que el derecho a la prestación se hubiese iniciado antes de la fecha de la baja.

b) Los trabajadores que causen baja para emigrar al extranjero podrán prorrogar su derecho a la asistencia sanitaria desde la fecha de la baja hasta la de su marcha de España (art. 6.2.3 D. 2.766/1967).

c) Los trabajadores en situación de alta especial por huelga legal o cierre patronal mantendrán el derecho a la asistencia sanitaria mientras dure tal situación (art. 6.3 RDL 17/1977 y art. 125.6 LGSS).

d) Los trabajadores en excedencia forzosa propia y en excedencia forzosa de carácter especial o impropia por cuidado de hijo y de ciertos familiares hasta su reincorporación al puesto de trabajo (arts. 46,3 TRET y 36.1, 2º y 3º RD 84/1996).

e) Los trabajadores que hayan sufrido un AT y EP recibirán la asistencia sanitaria desde el momento en que aquél se produzca o aquélla se diagnostique, y durante el tiempo que su estado patológico lo requiera (art. 12 D. 2.766/1967).

### C) Extinción

La prestación de asistencia sanitaria se extinguirá por:

- ✦ Fallecimiento del asegurado en el supuesto de que no cause derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia.
- ✦ Fallecimiento del beneficiario.
- ✦ Pérdida de la condición de asegurado que le hizo acreedor del derecho al titular o al beneficiario a su cargo.

## 6. GESTIÓN

La gestión de las prestaciones sanitarias públicas tiene una cierta complejidad, pues el reconocimiento y control de la condición de asegurado corresponde al INSS o al ISM, a través de sus respectivas direcciones provinciales (art. 3 bis.1 LSNS añadido por el art. 1.Dos RDL-MUSSNS), mientras que el derecho a la asistencia sanitaria se hace efectivo por las Administraciones sanitarias competentes, que facilitan el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 bis.2 LSNS añadido por el art. 1.Dos RDL-MUSSNS).

Los organismos que intervienen en la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria del SNS son:

- ✦ Servicio de Salud de la Administración del Estado. Una vez desaparecido el INSALUD como organismo que gestionaba las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social como consecuencia de las transferencias de competencias a las CCAA, se ha procedido a la adaptación del INSALUD en una entidad de menor dimensión, llamada INGESA (RD 840/2002 y RD 1.555/2004), que se ocupa de las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- ✦ Servicios de Salud de las CCAA. Están integrados por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputación y Ayuntamientos. Los centros y establecimientos que forman el Servicio de Salud se integran coordinadamente en una estructura territorial denominada Área de Salud. Estas Áreas extiende su acción a una población no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000, existiendo en cualquier caso un Área de Salud como mínimo en cada provincia. Cada Área, a su vez, ha de disponer al menos de un Hospital General. Las Áreas de Salud se dividirán en Zonas Básicas de Salud (art. 62.1 LGS) como marco territorial de la atención primaria de salud, donde desarrollan las actividades sanitarias los Centros de Atención Primaria (art. 63 LGS).
- ✦ Consejo Interterritorial del SNS. Es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los distintos servicios de Salud, entre ellos y con la Administración estatal, y que tiene como finalidad promover la cohesión del SNS a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado (art. 69.1 LSN).



- ✦ Fondo de Garantía Asistencial. Se crea (art. 3 RDL-MUSSNS) con carácter extrapresupuestario, con el objeto de garantizar la cohesión y equidad en el SNS, mediante la cobertura de los desplazamientos temporales de personas que gozan de la condición de asegurado o beneficiario, entre las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla, estableciendo compensaciones entre las mismas por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria, como consecuencia de las prestaciones sanitarias facilitadas a dichas personas durante sus desplazamientos.
- ✦ Concierto con Entidades sanitarias privadas. El concierto sanitario (art. 90 LGS) es un contrato que tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a los propios de la Administración sanitaria. Se trata de una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos, lo que determina la integración de su régimen jurídico con lo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La Administración cuenta con los poderes de policía necesarios para garantizar el trato del usuario en las condiciones pactadas.
- ✦ Fundaciones y otras Entidades. La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria y sociosanitaria puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualquiera de las entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho (Ley 15/1997).
- ✦ MCSS. Las Mutuas, además de las prestaciones económicas pueden gestionar las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de AT y EP mediante sus propios servicios sanitarios o mancomunados con otras Mutuas o mediante conciertos. No forman propiamente parte del SNS, sino que son Entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social (arts. 67 y 68 LGSS).
- ✦ Empresas colaboradoras. Las empresas, tanto en los casos de AT y EP como en los casos de accidentes y enfermedades comunes, pueden asumir directamente la gestión de la asistencia sanitaria (art. 77 LGSS y OM 25-11-1966), e igualmente no forman parte del SNS, sino que son entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social.

## II. INCAPACIDAD TEMPORAL

La prestación de IT, íntimamente relacionada con la asistencia sanitaria dado que ésta constituye el requisito previo para que se produzca el hecho causante, es de vital importancia en el Sistema de Seguridad Social por su carácter reparador de la salud del trabajador y por su alcance económico.

El alto coste de la prestación en términos absolutos ha motivado la continua acción de los poderes públicos, mediante reformas legislativas y reglamentarias, para contener dicho gasto e incluso se ha llegado a privatizar durante los quince primeros días el pago de la prestación, con la consiguiente protesta empresarial y los efectos negativos, en algunos casos, para los trabajadores que han visto rescindidos sus contratos de trabajo en el mismo momento de iniciar la situación de IT. Otra de las medidas para reducir el coste de esta prestación ha consistido también en un mayor control de la misma por lo que respecta a su correcta utilización. Un control derivado de la picaresca y el fraude se han cebado con esta prestación. Pero tales hechos no deben servir para justificar conductas de determinadas entidades colaboradoras que en muchos casos deniegan la prestación y abocan al trabajador a acudir a los servicios públicos de salud e iniciar un prolijo y complicado expediente administrativo de determinación de contingencias. En todo caso, la profesionalidad y la deontología de los profesionales sanitarios debería ser determinante para la solución de los problemas que acucian a esta prestación, en especial su coste, utilización y gestión.

## 1. CONCEPTO Y CARACTERES

### A) *Concepto*

La IT es una situación de necesidad protegida por el sistema de la Seguridad Social que activa una causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1.c) TRET(Capítulo 13, I y II del Sistema de Derecho del Trabajo)] como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida y temporal de trabajar en razón de una patología (enfermedad o accidente) que requiere recibir asistencia sanitaria.

El TRLGSS no define la situación de IT, sino que se limita a enumerar las situaciones protegidas por esta prestación y a determinar el tiempo máximo de su duración (art. 169 TRLGSS). Sin embargo, de la regulación legal pueden extraerse los caracteres que singularizan dicha situación de necesidad.

### B) *Caracteres*

#### a) Elemento funcional: imposibilidad de prestar servicios laborales

Esta imposibilidad de la prestación de servicios laborales ha de estar motivada por una alteración de la salud como consecuencia bien una enfermedad, común o profesional, bien de un accidente, sea o no de trabajo. Como ahora se verá, esta imposibilidad puede ser real o presunta, según se trate bien de enfermedad o accidente, comunes o laborales, bien de períodos de observación por enfermedad profesional.

La incapacidad para el trabajo que así se produce no está delimitada por grados, sino que se trata de una imposibilidad funcional para la realización de las tareas debidas por el trabajador en virtud de su contrato de trabajo.

La imposibilidad funcional no significa que el trabajador tenga una incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo, lo que se evidencia en las situaciones de pluriempleo y de pluriactividad, en las que el mismo trabajador puede estar de baja médica para un trabajo y no para el otro, como ocurre cuando se trata de prestación de actividades completamente diferentes, por ejemplo de esfuerzo físico y sedentaria (SSTS 19-2-2002 y 7-4-2004), salvo que se trate de actividades muy similares en cuanto a su contenido (STSJ Cantabria 26-3-2007). Ahora bien, cuando no existe doble alta y doble cotización, la situación de IT siempre es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia y dará lugar a la exigencia de responsabilidad administrativa.

#### b) Elemento tuitivo: necesidad de asistencia sanitaria

La enfermedad o el accidente deben requerir la atención sanitaria del SNS, de las MCSS o incluso de las empresas, a través de la colaboración voluntaria, debiendo obligatoriamente emitirse los partes médicos de baja y confirmación por los facultativos de dichos organismos sanitarios. Además, la prestación sanitaria requerida ha de estar incluida en el Catálogo de prestaciones sanitarias. El alcance y el contenido de la atención sanitaria no son uniformes, dependiendo, no sólo de la concreta patología de que se trate, sino de las distintas situaciones protegidas por la IT.

#### c) Elemento temporal: transitoriedad de la situación

La situación de IT tiene una duración limitada en el tiempo, lo que la diferencia con claridad de la IP, aunque esa duración varía atendiendo al tipo o modalidad de situación protegida.

## 2. SITUACIONES PROTEGIDAS

Son situaciones protegidas de la prestación de IT las siguientes (arts. 169 y 176.1 TRLGSS):

a) Las debidas a enfermedad común o profesional, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Las originadas como consecuencia de accidentes, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con idéntica duración a la situación debida a enfermedad común o profesional.

c) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos con una duración de seis meses, prorrogables por otros seis meses más, cuando sea necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. Según se señaló, se trata de una IT presunta, en el sentido de que o bien existen síntomas de enfermedad profesional que deben confirmarse, o bien, aun existiendo tal enfermedad, es preciso determinar su alcance. En ambos supuestos se constata «la necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo», como establece el artículo 176.1 TRLGSS. Por ello, al tratarse de una IT presunta la imposibilidad de realizar la actividad laboral y la consiguiente baja en el trabajo no tienen su razón de ser en una incapacidad originada por la enfermedad, sino en la necesidad de alcanzar ese diagnóstico definitivo a fin de establecer la existencia segura de la enfermedad y/o de aquilatar el posible efecto incapacitante para el trabajo. Y de aquí, también, que la prescripción facultativa de baja en el trabajo no tenga necesariamente carácter terapéutico, sino estrictamente preventivo, con independencia por tanto de que, en el caso concreto, los síntomas de la enfermedad profesional puedan requerir un determinado tratamiento.

## 3. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Los requisitos exigidos para ser beneficiario de las prestaciones de IT son los siguientes (art. 172 TRLGSS):

### *A) Afiliación y alta en la Seguridad Social*

No obstante, en caso de prestación de servicios sin haber cumplido el empresario sus obligaciones instrumentales de afiliación y alta, la consecuencia resultante no es la pérdida de la protección del trabajador, sino la imputación de responsabilidad al propio empresario en cuanto al pago del subsidio, sin que se produzca el anticipo del pago de la prestación por la correspondiente entidad gestora o colaboradora en el supuesto de que la IT sea derivada de contingencias comunes (STS 17-2-2009) mientras que si la IT es derivada de contingencias profesionales los trabajadores se encontrarán de pleno derecho afiliados y en alta (art. 125.3 LGSS) correspondiendo el anticipo del pago de la prestación a la entidad gestora o colaboradora.

### *B) Situación asimilada al alta*

A los efectos de la prestación de IT se considerarán situaciones asimiladas al alta (arts. 125.1 LGSS 166.1, 2, 3 y 7 TRLGSS y 4.1 OM 13-10-1967):

- La situación de desempleo involuntario total y subsidiado en su modalidad contributiva.
- La suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios (STS 30-5-2000).
- El período de tramitación de los procesos de despido, por lo que la prestación abonada debe deducirse del importe de los salarios de tramitación (SSTS 11-2-2003 y 4-7-2007).

- ✦ Los períodos de vacaciones no disfrutadas, aunque se haya extinguido el contrato y no se haya iniciado el percibo de la prestación de desempleo (arts. 166.2, 268.3 y 269.4 TRLGSS y STS 31-5-2007).
  - ✦ Los supuestos de movilidad geográfica internacional (art. 36.1.5 OM 27-1-1982).
  - ✦ La suscripción de un Convenio Especial con la TGSS que contemple expresamente la contingencia de IT (art. 5.1 y 11 O. TAS/2.865/2003), como son:
    - Los diputados y senadores de las Cortes Generales y Diputados del Parlamento Europeo.
    - Los miembros del Gobierno y Parlamento de las CCAA.
    - Las personas que hayan permanecido en alta sin retribución por cumplimiento de deberes públicos, permisos y licencias.
    - Los trabajadores que reduzcan la jornada por cuidado de menor, discapacitado o familiar.
  - ✦ Los trabajadores contratados a tiempo parcial y trabajadores que cesen en prestaciones de servicios o actividades que hayan dado lugar a situaciones de pluriempleo o pluriactividad.
- Por el contrario, no se considerarán en situación asimilada al alta a efectos de la prestación de IT:
- ✦ Situación de desempleo de carácter asistencial o no contributivo (STS 16-4-1997) y a la situación de desempleo no protegida por el Sistema de la Seguridad Social (STS 12-9-2003).
  - ✦ La excedencia para el cuidado de hijos o familiares, que aunque son situaciones asimiladas al alta para el resto de las prestaciones, no lo son para las derivadas de IT (Disp. Adic. 4.<sup>a</sup> RD 295/2009).
  - ✦ Los trabajadores durante la huelga (art. 6.3 RDL 17/1977) o cierre patronal (art. 12.2 RDL 17/1977).
  - ✦ El inicio de un nuevo proceso de IT tras la extinción de otro anterior durante el cual finalizó el contrato de trabajo (STS 18-9-2002).
  - ✦ Períodos entre campañas de los fijos discontinuos, al encontrarse el contrato suspendido hasta el llamamiento del trabajador.
  - ✦ Los que hayan suscrito un Convenio Especial. La regla general es que el Convenio Especial no integre la protección de IT, salvo en los supuestos que antes se ha hecho referencia.

### C) *Acreditación de una cotización mínima previa en los casos de enfermedad común*

Esta cotización previa será de ciento ochenta días en los últimos cinco años, sin que se exija período de carencia en los casos de accidentes, sean o no de trabajo y enfermedad profesional. No obstante, se deben hacer al respecto algunas precisiones de acuerdo con las siguientes reglas:

#### a) Reglas generales

- ✦ Sólo son computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas.
- ✦ Las cotizaciones efectuadas a diferentes regímenes de Seguridad Social se computan recíprocamente, siempre que no se superpongan y que tengan la cobertura de la IT en ambos. La prestación se reconocerá por el régimen en que el trabajador se encuentre de alta (RD 2.957/1973 y RD 691/1991).
- ✦ También computarán las cotizaciones correspondientes a períodos de actividad desarrollada en otros países, pertenecientes a la UE o con los que España mantengan acuerdos en materia de Seguridad Social.
- ✦ El cómputo de los ciento ochenta días ha de hacerse por días cuota y no por días de trabajo cotizado, debiendo incluirse los días teóricos de las gratificaciones extraordinarias (STS 20-6-2002).

- ✦ No es aplicable la doctrina del paréntesis para la IT, dada la corta carencia exigida dentro de un período temporal amplio (STS 11-3-2002).
- ✦ No computan las cotizaciones efectuadas:
  - Respecto a las pagas extraordinarias adicionales a las dos reglamentarias.
  - Las cotizaciones superpuestas a más de un régimen de Seguridad Social, salvo el cómputo recíproco para causar derecho al subsidio en uno de ellos.
  - Durante el tiempo que el trabajador estuvo de alta de forma indebida.
  - Las correspondientes a los años de excedencia para el cuidado de hijos (art. 237.1 TRLGSS).
  - Las correspondientes al primer año de excedencia por cuidado de otros familiares de acuerdo con el artículo 46.3 TRET (art. 237.2 TRLGSS).

#### b) Reglas especiales para los trabajadores contratados a tiempo parcial

Estas reglas son las mismas que las establecidas en este supuesto para la maternidad y paternidad, IP contributiva, muerte y supervivencia, y jubilación contributiva (para el estudio de dichas reglas, ver el Capítulo 11, II. 3, b), bien que referidas naturalmente a la situación de IT y con la única salvedad de que el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años (art. 247, b, TRLGSS).

### 4. CONTENIDO

#### A) *Protección por contingencias comunes*

La alteración temporal de la salud constituye una situación de necesidad compleja que requiere una serie de medidas de protección. Unas van encaminadas a restablecer la salud del trabajador a través de las prestaciones sanitarias a cargo del SNS y otras medidas tienden a compensar la pérdida de rentas que le provoca la alteración de la salud, a través del pago del subsidio.

La prestación sanitaria ya ha sido objeto de estudio en este mismo capítulo, por lo que el examen de la prestación de IT se va a centrar estrictamente en el subsidio.

El subsidio de IT es una prestación de naturaleza dineraria, de carácter periódico y duración temporal, cuya cuantía se obtiene aplicando un porcentaje a una base reguladora fijada en función de la cotización efectuada (arts. 171 TRLGSS y 13 D. 1.646/1972).

#### a) Base reguladora

La base reguladora de la IT derivada por enfermedad común y accidente no laboral estará constituida por la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de inicio de la incapacidad.

En el supuesto de que el trabajador perciba las retribuciones con carácter mensual la base reguladora diaria a tener en cuenta será:

- ✦ La del mes anterior dividido entre treinta, si el trabajador hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural (art. 13.2 D. 1.646/1972).
- ✦ Si el trabajador no hubiera prestado servicios laborales durante todos los días del mes anterior al hecho causante, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir la base de cotización de dicho mes por el número de días a que corresponda la cotización.
- ✦ Si el trabajador hubiera ingresado en la empresa en el mismo mes en que se produce el hecho causante, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir la base de cotización de dicho mes por el número de días a que corresponda la cotización (art. 13.3 D. 1.646/1972).



Por el contrario, en el supuesto de que el trabajador perciba las retribuciones de manera diaria, la base reguladora diaria se obtendrá dividiendo la base de cotización del mes anterior por el número de días que tenga dicho mes.

En el caso de trabajadores contratos a tiempo parcial y con efectos del 1 de enero de 2015, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal. (Disp. Adic. Séptima, 1, regla tercera, a) LGSS modificada por la Disp. Final Tercera LPGE 2015).

#### b) Porcentaje aplicable a la base reguladora

- Del día primero de la situación de IT, que es el siguiente al de la baja médica, al tercero no se percibe cantidad alguna.
- Del cuarto día de IT al vigésimo día, se percibe el 60 por 100 de la base reguladora.
- Del vigésimo primer día de IT en adelante, se percibe el 75 por 100 de la base reguladora (art. único RD 53/1980, de 11 de enero).

#### c) Sujetos obligados al pago de la IT

En el período comprendido entre el cuarto día al décimo quinto corresponde al empresario el abonar el subsidio de manera directa, sin que exista posibilidad de su reintegro. Este pago tiene la consideración de prestación de Seguridad Social (STS 15-6-1998) y es acorde con la CE (STC 37/1994).

A partir del décimo sexto día el sujeto responsable del pago es la entidad gestora o colaboradora, sin perjuicio de que el empresario asuma el pago por delegación, con derecho a la correspondiente compensación mediante el descuento de las liquidaciones que haya de efectuar por cuotas patronales. Esta colaboración obligatoria cesará el último día del mes en que la entidad gestora haya dictado resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de la IP (art. 2 RD 1.430/2009, de 11 de septiembre).

### B) Protección por contingencias profesionales

Al igual que la protección por contingencias comunes la protección por contingencias profesionales consistirá de una prestación en especie, la asistencia sanitaria, y una prestación económica, consistente en un subsidio. Sin embargo, existen importantes diferencias en la protección de una y otra contingencia, no exentas de críticas doctrinales. Estas diferencias son:

- Los trabajadores se considerarán afiliados de pleno derecho y en alta en la Seguridad Social, aunque su empresario hubiere incumplido las obligaciones instrumentales (arts. 166.4 TRLGSS y 4.2 OM 13-10-1867).
- La base reguladora de la IT derivada de AT y EP, así como los períodos de observación de esta última estará constituida por la base de cotización por contingencias de AT y EP del mes anterior a la baja, excluido el importe de las horas extraordinarias, más el promedio de la suma de las percepciones por horas extras de los doce meses inmediatamente anteriores al inicio de la IT (art. 13.4 D. 1.646/1972).
- El porcentaje aplicable tanto a la contingencia de AT y EP como los períodos de observación de esta última será del 75 por 100 de la base reguladora desde el día siguiente a aquel en el que se expide el parte médico de baja.
- Si un trabajador en IT derivada de AT y EP ve extinguido su contrato, permanecerá en dicha situación de IT hasta su finalización, sin que la extinción de la relación laboral repercuta en

la cuantía del subsidio, ni durante la misma se consuma período alguno de la prestación de desempleo, lo que no ocurre si el origen de la IT es por contingencias comunes (art. 283.1 TRLGSS).

- El incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones instrumentales de afiliación, alta y cotización, dará lugar a la obligación por parte de la entidad aseguradora de anticipar la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad directa del empresario por dicho pago.

## 5. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

### A) *Nacimiento*

El momento de percibir el subsidio de IT dependerá de la causa que lo motive (art. 173.1 TRLGSS):

- En caso de enfermedad común y accidente no laboral la prestación se devenga a partir del cuarto día de baja, corriendo a cargo del empresario hasta el décimo quinto día, ambos inclusive.
- En caso de AT desde el día siguiente al que haya tenido lugar, o desde el día siguiente a la baja, si ésta es posterior. El día del accidente corre a cargo de la empresa.
- En caso de enfermedad profesional a partir del día siguiente al de la baja médica para el trabajo. El día de la baja es a cargo del empresario.
- En los períodos de observación de la enfermedad profesional a partir desde el día siguiente al de la baja médica para el trabajo. El día de la baja es a cargo del empresario.
- En caso de que la situación de IT acaeciera durante una situación de huelga legal o cierre patronal, el subsidio se abonará una vez finalizados éstos.

El nacimiento de la prestación económica correspondiente a la IT no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático, una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación, sin que haga falta ningún acto posterior de reconocimiento (SSTS 12-2-1993 y 20-12-1999).

La acción para reclamar las cuantías impagadas está sometida al plazo anual de caducidad, computable desde el primer día del mes natural siguiente al nacimiento de cada mensualidad (SSTS 1-2-1999 y 5-12-2005). No obstante, cuando lo que se reclama es una diferencia en la cuantía de la prestación o una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido, se aplica el plazo de prescripción de cinco años.

### B) *Duración*

#### a) Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes y profesionales

La IT derivada de enfermedad común o profesional, así como de accidente, sea o no de trabajo, tiene una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días más cuando se presuma que el trabajador pueda ser dado de alta por curación (arts. 169.1, a) TRLGSS y 1 RD 1.430/2009, de 11 de septiembre).

El INSS o el ISM, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la IT, tienen atribuida la competencia para reconocer la situación de prórroga de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de IP, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dichas entidades gestoras.

El Servicio Público de Salud, cuando expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse el plazo máximo de duración de la IT y su prórroga, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la entidad gestora competente, el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de la misma mediante procedimiento informático.

A partir de ese momento, el Servicio Público de Salud ya no emitirá más partes de confirmación de la baja médica, correspondiendo a la entidad gestora el efectuar las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al servicio público de salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al SEPE.

Asimismo, el INSS será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de IT cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

Cabe la necesidad de una segunda prórroga por otros ciento ochenta días más cuando continúe la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajo con vistas a su reincorporación laboral, que aconseje demorar la calificación de IP, sin que la duración total de la IT pueda rebasar los setecientos treinta días naturales. (art. 174.2 TRLGSS).

Está prevista la posibilidad de una reducción de las aportaciones empresariales a la Seguridad Social (50 por 100 de contingencias comunes) en caso de traslado de un trabajador con EP a un puesto compatible con su estado (art. 5 RD 1.430/2009).

#### b) Incapacidad Temporal derivada del período de observación por enfermedad profesional

Cuando la IT obedezca al período de observación de EF, la misma tendrá una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad [art. 128.1.b) LGSS].

La concesión de la prórroga también corresponde al INSS y su solicitud deberá hacerse veinte días antes de que finalice el período de observación.

Concluido el período de observación, el trabajador pasará a la situación de alta laboral, calificación de IP o en situación de IT, computándose a efectos de la duración máxima de ésta el tiempo de observación.

#### C) Denegación, suspensión y pérdida

El derecho al subsidio de IT podrá ser denegado, anulado o suspendido en los casos siguientes (art. 175 TRLGSS):

- Por actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar la prestación.
- Por realizar el beneficiario trabajos por cuenta ajena o propia. Como ya se señaló, la situación de IT no comporta una incapacidad absoluta para realizar todo tipo de trabajo, al admitirse el principio de pluriactividad en el ordenamiento sociolaboral y, por tanto, la compatibilidad de dicha situación con el desempeño de otra actividad laboral que no perjudique el proceso de recuperación de la patología que ha determinado la baja laboral por IT (SSTSJ Cataluña de 1-10-2004 y Asturias de 11-7-2008).

En este supuesto la única sanción que cabe es la suspensión del subsidio por un plazo de tres meses y es necesario la tramitación de un expediente contradictorio en el que constituye trámite esencial la previa audiencia del interesado (STSJ Cataluña 2-5-2005).

- Por rechazar o abandonar, sin causa razonable, el tratamiento médico.

Un supuesto específico de suspensión cautelar del derecho al subsidio viene determinado por la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS o a las MCSS para examen y reconocimiento médico, al objeto de comprobar si la incomparecencia carecía o no de justificación (art. 175.3 TRLGSS).

La denegación, anulación o suspensión del derecho al subsidio se declarará por la entidad gestora, MCSS o empresa que haya reconocido la prestación, sin necesidad de incoar un expediente ni de dar trámite de audiencia, salvo en el caso de realización de trabajos por cuenta ajena o propia por el beneficiario del subsidio.

Los acuerdos de denegación, anulación o suspensión del subsidio son recurribles ante la jurisdicción social y en el supuesto de abandono del tratamiento pertinente ante la inspección médica del Servicio Público de Salud (art. 17 D. 2.766/1967).

#### D) Extinción

##### a) Causas

Perfilando y ampliando el elenco de causas extintivas sin atender en todo caso al principio de proporcionalidad, la norma vigente establece las que determinan la extinción del derecho al subsidio (art. 174.1 TRLGSS):

- ✦ Por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica.
- ✦ Por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual.
- ✦ Por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de IP.
- ✦ Por el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- ✦ Por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la MCSS.
- ✦ Por fallecimiento del beneficiario.

##### b) Duración del subsidio

- ✦ Para determinar la duración del subsidio se computan los períodos de recaída y observación en un mismo proceso de IT. Se considera que existe tal recaída cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior (art. 169.2 TRLGSS).
- ✦ En el supuesto de que, una vez iniciado un expediente de IP antes de hayan transcurrido quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración del subsidio de IT, se deniegue el derecho a la prestación de IP, sólo el INSS tiene atribuida competencia a fin de emitir, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, lo que se llevará a cabo a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de IP del trabajador. En tal caso, se reanudará el proceso de IT hasta el cumplimiento de los quinientos cuarenta y cinco días.

##### c) Generación de nuevo derecho al subsidio

Extinguido el derecho al subsidio por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho al subsidio de IT por la misma o similar patología si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la IP. Este derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de IT derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo.

No obstante, cuando se trate de la misma o similar patología y no hubieran transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la IP, podrá iniciarse un nuevo proceso de IT, por una sola vez, si el INSS considera que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. En tal caso, el INSS acordará la baja a los exclusivos efectos del subsidio (art 174.3 TRLGSS).

d) Extinción de la Incapacidad Temporal y propuesta de Incapacidad Permanente (art. 174.4 TRLGSS)

En este supuesto, se establecen las siguientes reglas extintivas de la IT:

- El alta médica con propuesta de IP, extendida antes de que la IT haya alcanzado los trescientos sesenta y cinco días de duración, extingue la situación de IT.
- Si una vez agotado el plazo de trescientos sesenta y cinco días, el INSS acuerda la iniciación de un expediente de IP, la situación de IT se extinguirá en la fecha en que se cumpla dicho plazo. En el caso de que el INSS hubiese acordado la prórroga expresa de la IT y durante la misma se iniciase un expediente de IP, la situación de IT se extinguirá en la fecha en que se acuerde la iniciación de dicho expediente (art. 174.5 TRLGSS).

e) Prolongación de los efectos económicos de la Incapacidad Temporal

Sin perjuicio de las precedentes reglas, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la IT, hasta que se califique la IP cuando la extinción de la IT se produzca por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del INSS de iniciar el expediente de IP o por el transcurso del plazo de los quinientos cuarenta y cinco días naturales.

f) Extinción de la Incapacidad Temporal y obligación de cotizar

En el supuesto de que la IT se extinga antes del agotamiento del plazo de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de su duración sin que, dentro del mismo, exista ulterior declaración de IP, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del mencionado plazo en el caso de que la declaración de inexistencia de IP se produzca con posterioridad al mismo (art. 174.5 TRLGSS).

## 6. GESTIÓN Y RESPONSABILIDADES

### A) Gestión

El modelo de organización y gestión de la prestación de IT se caracteriza por su extremada complejidad, tanto desde el punto de vista normativo con sus reformas continuas, como desde el punto de vista de la multiplicidad y heterogeneidad de los sujetos que participan en dicha gestión.

a) Sujetos implicados en la gestión de la prestación de IT (RD 575/1997)

- El INSS es la entidad gestora por excelencia (Capítulo 4, I, 1). Le corresponde entre otras funciones la determinación de la contingencia de la que deriva la IT (arts. 61.2, 80.1 y 87.2 RD 1.993/2005), la concesión de las prórrogas de IT una vez agotado el período máximo de trescientos sesenta y cinco días y la emisión de una nueva baja médica en la situación de IT cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología [art. 170. 1 y 2 TRLGSS y art. 1 RD 1.430/2009].
- Entidades colaboradoras:
  - Las MCSS [Capítulo 4, I, 2, A)] gestionan no sólo las contingencias profesionales, sino también las contingencias comunes de aquellas empresas que hayan optado por su cobertura con las mismas (arts. 80.2, a) y b), 83.1 TRLGSS) y las prestaciones sanitarias a través de sus servicios médicos, lo que les permite un control más intenso.



- Las empresas [Capítulo 4, I, 2, B)] desempeñan una doble colaboración, la obligatoria, consistente en el pago de la IT por delegación de la entidad aseguradora, hasta el último día del mes en que la entidad gestora haya dictado resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de incapacidad permanente (art. 2 RD 1.430/2009) y la voluntaria, por la que asumen de manera directa el coste de la prestación en determinados supuestos (OM 25-11-1966).
- SNS: la gestión de los facultativos del SNS, a través de la emisión de los partes médicos da lugar al nacimiento, duración y extinción de la prestación.

#### b) Procedimiento para acceder al subsidio

El procedimiento para acceder al subsidio es el siguiente:

- El parte médico de baja da acceso a la prestación.
- La expedición corresponde a los facultativos del SNS en el caso de contingencias comunes y a los servicios médicos de las MCSS en el caso de contingencias profesionales.
- El facultativo del SNS remite una copia a la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud y entrega otras dos copias al trabajador, una para él y otra debe entregarla en el plazo máximo de tres días al empresario.
- El empresario, a su vez, deberá dar traslado del parte a la entidad gestora o a la MCSS.
- El parte médico de confirmación da continuidad a la prestación y se expide a partir del cuarto día de la baja y se reexpide cada siete días.
- El parte médico de alta extingue la prestación por curación.
- La Inspección médica está autorizada para acordar el alta médica, ya sea de oficio, ya a propuesta del INSS o de la MCSS que tenga concertada la prestación. No obstante, los inspectores médicos adscritos al INSS y en su caso al ISM ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano competente del SNS, para emitir un alta médica a todos los efectos. En estos casos, serán los únicos competentes para emitir una nueva baja médica de la situación de IT si aquella se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología (Disp. Adic. 52.<sup>a</sup> LGSS).

#### c) Procedimiento de impugnación de las altas y bajas médicas

En los casos de altas y bajas médicas, en los que el trabajador discrepe de las mismas y que hayan sido emitidas por las entidades gestoras (art. 3 RD 1.430/2009) o por las MCSS y entidades colaboradoras (art. 4 RD 1.430/2009), existen sendos procedimientos de revisión regulados en los referidos artículos y en el artículo 170., 2 y 3 TRLGSS.

##### a') Procedimiento de impugnación de las altas médicas expedidas por la entidad gestora

En los casos de alta médica por resolución de la entidad gestora, el interesado podrá en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud.

En el caso de que la inspección médica discrepe del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. A su vez, la entidad gestora deberá pronunciarse expresamente en el plazo de los siete días naturales siguientes notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga

de su situación de IT a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de IT hasta la fecha de la última resolución.

Por el contrario, si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

b') Procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las MCSS y empresas colaboradoras en situaciones de IT por contingencias profesionales

Si el alta médica se produjera por la MCSS y empresas colaboradoras con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente un procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta médica (art. 4.1 RD 1.430/2009), el cual tendrá una tramitación preferente.

Las características de dicho procedimiento administrativo especial son las siguientes (art. 4.2 a 7 RD 1.430/2009 conforme con la Disp. Final Tercera, uno, dos y tres del RD 625/2014, de 18 de julio):

- El plazo de presentación de la solicitud de revisión del alta médica será de diez días hábiles siguientes al de su notificación.
- Con la solicitud se acompañará el historial médico previo relacionado con el proceso de IT de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.
- El interesado comunicará a la empresa el inicio del procedimiento el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil.
- La iniciación del procedimiento suspende los efectos del alta médica emitida, prorrogándose la situación de IT derivada de contingencias profesionales, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal.
- El INSS o el ISM, en su caso, comunicará a la MCSS competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de IT de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. La MCSS de la Seguridad Social correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora.
- Asimismo, la entidad gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. La empresa, si el interesado le hubiera presentado un parte médico de baja derivado de contingencias comunes deberá informar de dicha circunstancia al INSS o al ISM, con carácter inmediato.
- A su vez, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, el procedimiento especial de revisión del alta médica, y también comunicará a la entidad gestora la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados. En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de IT por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que

- cuando el alta expedida por la MCSS no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.
- La Resolución del procedimiento será dictada por el Director Provincial competente de la entidad gestora en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto. La Resolución contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:
    - Confirmación del alta médica emitida por la MCSS y declaración de la extinción del proceso de IT en la fecha de la mencionada alta. En este caso, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de IT, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.
    - Mantenimiento de la situación de IT derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
    - Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de IT, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

## B) Responsabilidades

Las responsabilidades por el pago de la prestación de IT corresponden:

### a) A la empresa

- Por el pago a su cargo: desde el cuarto al décimo quinto día sin ningún tipo de reembolso. En caso de insolvencia responderá el INSS (SSTS 15-6-1998 y 13-3-2000).
- Por su colaboración obligatoria: la empresa abonará la prestación de IT hasta el último día del mes en que la entidad gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de IP (art. 2.1 RD 1.430/2009).
- Por su colaboración voluntaria: en caso de insolvencia responderá el INSS (SSTS 14-6-2000 y 15-5-2001). En caso de extinción del contrato, la empresa colaboradora debe seguir abonando la prestación (SSTS 18-11-1997 y 23-12-1997).

### b) A las MCSS

- Por incumplimiento empresarial de la obligación de pago de IT. La MCSS debe hacerse cargo de la prestación por anticipo y no transferir la responsabilidad al INSS tanto si se trata de un incumplimiento del día cuarto al décimo quinto (SSTS 14-6-2000 y 24-2-2003) como a partir del décimo sexto (STS 15-6-1998).
- En caso de anticipo de la MCSS por incumplimiento de la empresa e insolvencia de ésta, la MCSS puede reintegrarse del INSS cuando se trate de riesgos profesionales.
- La MCSS asume las prestaciones de una IT iniciada con anterioridad en otra MCSS (SSTS 12-6-2000, 28-10-2002 y 26-11-2003), dado que lo importante no es el hecho causante sino el sistema de financiación de reparto.
- En caso de extinción del contrato, la MCSS deberá seguir haciendo efectiva la prestación de IT a su cargo (SSTS 2-9-2006 y 21-11-2007) e incluso las prestaciones de asistencia sanitaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. PROTECCIÓN DE LA SALUD

- ARETA MARTÍNEZ, M.: «Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social», *AS*, n.º 20/2007.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: «Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas», *RAD*, n.º 3/2012.
- «La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución», *RAD*, n.º 9/2012.
- CANTARERO PRIETO, D.: «Asistencia sanitaria y el sistema de financiación de las comunidades autónomas», *Análisis Local*, n.º 72/2007.
- DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E.: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *RMTIN*, n.º 44/2003.
- GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Madrid, 2007.
- GARCÍA PIÑEIRO, N. P.: «Sobre la responsabilidad de las Mutuas en la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo: la condición de pensionista», *AS*, n.º 3/2003.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria. Adaptado a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de Salud*, Pamplona, 2004.
- LÓPEZ CABALLERO, A.: «La responsabilidad de las Administraciones públicas por una defectuosa asistencia sanitaria», *AS*, n.º 17/2006.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La Coordinación Comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria», *AS*, n.º 5/2010.
- MONTOYA MELGAR: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema nacional de Salud (Apunte para un estudio)», *AS*, n.º 5/2004.
- NÚÑEZ ÁLVAREZ, A.: «Supuesto extraordinario de reintegro de gastos sanitarios por asistencia médica fuera del Sistema Público. Las listas de espera», *AS*, n.º 21/2010.
- PEÑA FERNÁNDEZ, E.: «La Responsabilidad Patrimonial por deficiente asistencia sanitaria prestada por Mutuas de Accidentes de Trabajo es exigible a éstas, sin que pueda condenarse a la Administración», *RAD*, n.º 1/2012.
- SÁEZ LARA, C.: «Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública», *REDT*, n.º 150/2011.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J.: «Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones dirigidas contra Mutuas patronales por defectuosa asistencia sanitaria», *AS*, n.º 16/2001.
- SOLAR ARREBOLA, J. A.: «Asistencia sanitaria. Un supuesto particular de prestaciones ortoprotésicas», *AS*, n.º 4/2003.
- TORNOS MAS, J.: «Sistema de Seguridad Social versus Sistema nacional de Salud», *Derecho y Salud*, vol. 10, n.º 1/2002.
- TRILLO GARCÍA, A.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los deportistas», *RJD*, n.º 27/2009.
- VIDA FERNÁNDEZ, J.: «El paso definitivo de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social al Sistema nacional de Salud», *AL*, n.º 2/2005.

## II. INCAPACIDAD TEMPORAL

- ARENAS VIRUEZ, M.: «La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia», *RL*, n.º 1/2011.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración», *AS*, n.º 9/2010.
- BERROCAL JAIME, A.: *El proceso por incapacidad temporal*, Barcelona, 2002.
- BLASCO JOVER, C.: «Dos cuestiones sobre la incapacidad temporal: la exigencia de los requisitos del artículo 130 LGSS en los supuestos de recaída y sus efectos sobre el mandato de los representantes de los trabajadores», *AS*, n.º 14/2009.
- CASTRO CONDE, M.: «Vacaciones e incapacidad temporal: situación actual», *AS*, n.º 20/2011.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», *AL*, n.º 6/2008.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «Notas sobre la incidencia de la situación de incapacidad temporal en el disfrute del derecho a vacaciones», *REDT*, n.º 145/2010.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1.430/2009, de 11 de septiembre», *AS*, n.º 16/2009.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, 2005.
- GRACIA ALEGRÍA, G.: «Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en el control de procesos de incapacidad temporal», *TRS*, n.º 229/2010.
- «Real Decreto 1.430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal», *TRS*, n.º 227/2009.
- JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, 2007.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional», *AS*, n.º 2/2010.
- MANRIQUE LÓPEZ, V. F.: «Otra regulación interina de la incapacidad temporal. La eterna anarquía regulatoria de una contingencia transitoria», *Estudios de Deusto*, vol. 58/2/2010.
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Concepto de Incapacidad temporal*, Pamplona, 2008.
- MONTOYA MEDINA, D.: «Incapacidad temporal y pluriactividad sobrevenida», *AS*, n.º 3/2012.
- «Efectos de las situaciones de incapacidad temporal, vacaciones e interrupciones del trabajo fijo discontinuo sobre el derecho de los representantes de los trabajadores al crédito de horas mensuales retribuidas del artículo 68.e) ET», *AS*, n.º 22/2010.
- MORENO SOLANA, A.: «Las intervenciones de cirugía estética: voluntad para encontrarse inmerso en una situación de incapacidad temporal», *AS*, n.º 9/2012.
- MORÓN PRIETO, R.: «Las mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal: ¿incentivo de o contra el absentismo?», *Boletín Social Quantor*, n.º 119/2010.
- MUÑOZ MOLINA, J.: «Efectos de la prisión provisional en la percepción del subsidio de incapacidad temporal», *AS*, n.º 10/2009.
- OLARTE ENCABO, S.: «Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo», *AS*, n.º 20/2011.
- OLLO LURI, M. P.: «En situación de incapacidad temporal ¿no tengo período vacacional?», *RAD*, n.º 8/2010.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Real Decreto 1.430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la Incapacidad Temporal», *AS*, n.º 21/2010.



- Pérez Alonso, M. A., y Rodríguez Pastor, G. E.: *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el Régimen General*, Valencia, 2008.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «Recaída tras agotamiento de incapacidad temporal y previa declaración de incapacidad permanente revisada: Inaplicación plazo de seis meses», *AS*, n.º 16/2010.
- RABANAL CARBAJO, P.: «La prórroga de la situación de incapacidad temporal», *RMTIN*, n.º 84/2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones», *RL*, n.º 7/2009.
- RUANO ALBERTOS, S.: «El subsidio de incapacidad temporal ante un supuesto de baja médica motivada por intervención de cirugía puramente estética», *AS*, n.º 17/2011.
- «Interrupción del período de prueba por incapacidad temporal: efectos (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008)», *TRS*, n.º 224/2009.
- SALA FRANCO, T., y SALAS BAENA, A.: *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social*, Valencia, 2007.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Calificación de la incapacidad temporal tras ser dado de alta por curación después de haber sufrido un “accidente *in itinere*”, *STSJ Navarra de 17 de octubre de 2011 (AS 2012, 868)*», *AS*, n.º 4/2012.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.: «Los efectos de la incapacidad temporal sobre el período de vacaciones fijado con antelación: comentario a la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009», *RL*, n.º 10/2010.
- TORTUERO PLAZA, J. L., y MORENO ROMERO, F.: «Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal», *RAD*, n.º 8/2010.
- TRILLO GARCÍA, A. R.: «La protección económica de las alteraciones de la salud de los deportistas profesionales a través de las prestaciones por incapacidad temporal», *RJD*, n.º 33/2011.
- VALLE MUÑOZ, F. A.: «La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal», *AS*, n.º 22/2011.



## CAPÍTULO 9.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (II): MATERNIDAD, PATERNIDAD, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO, LACTANCIA NATURAL Y CUIDADO DE MENORES POR ENFERMEDAD GRAVE

Las prestaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y cuidado de menores por enfermedad grave son fruto de una línea político-jurídica encaminada a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de lo que no está exenta la necesidad de armonizar nuestra legislación a la normativa comunitaria. La LOI ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, ya que, al tiempo que ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones otorgadas en caso de maternidad y de riesgo durante el embarazo, ha incorporado en el ordenamiento jurídico de la protección social dos nuevos subsidios: el correspondiente al permiso por paternidad y el que se concede en supuestos de riesgo durante la lactancia natural, con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. Además, con posterioridad a la LOI se ha regulado una nueva prestación, también con idéntica finalidad, denominada cuidado de menores por enfermedad grave, introducida en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 135 quáter LGSS), por la LPGE 2011 (Disp. Final 20.<sup>a</sup>).

En relación con la protección por maternidad, además de su concepto se va a estudiar la regulación de las situaciones protegidas, a las que se han añadido el acogimiento simple, siempre que su duración no sea inferior a un año y los acogimientos provisionales. Asimismo, se distinguirá entre la prestación de naturaleza contributiva que exige un período previo de cotización, que será gradual según la edad de los trabajadores y el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto para proteger, en caso de parto, a quienes reúnan todos los requisitos para acceder a la prestación por maternidad excepto el período mínimo de cotización previo. Se concluirá el estudio de la prestación analizando su nacimiento, duración, extinción y su gestión.

La suspensión de la actividad laboral por paternidad se configura como presupuesto para la obtención de la prestación de la Seguridad Social. Se estudiarán las situaciones protegidas, a efectos de la prestación, en paralelo con los supuestos que dan lugar a la protección por maternidad. Por otra parte,

se determinarán los requisitos que deben acreditarse para ser beneficiario del subsidio por paternidad, su cuantía, el período de su duración y las reglas que rigen su disfrute.

La prestación por riesgo durante el embarazo ha sido calificada legalmente como contingencia de naturaleza profesional, por lo que no se exige un período previo de cotización para su obtención. Se estudiarán las situaciones protegidas, los requisitos del hecho causante, el contenido de la prestación y su dinámica, para concluir con la gestión, la cual corresponde a la entidad gestora o a la -MCSS con la que la empresa o, en su caso, la trabajadora por cuenta propia, tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

El régimen jurídico de la prestación por riesgo durante la lactancia natural se estudiará en paralelo con lo previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, se realiza en las mismas condiciones que éste.

Y, por último, se concluirá este capítulo con el estudio de la prestación por cuidado de menores con enfermedad grave, la cual tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se estudiarán, igualmente, las situaciones protegidas, los requisitos del hecho causante, el contenido de la prestación, su dinámica y su gestión.

## I. MATERNIDAD Y PATERNIDAD

### I. MATERNIDAD

Esta prestación de Seguridad Social está muy influenciada por los aspectos jurídico laborales, que la considera como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo (Capítulo 13, II, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*), y especialmente por la normativa comunitaria (Directiva 92/1985) cuya trasposición al derecho español ha supuesto un avance importante de nuestra legislación en su armonización con la comunitaria.

Con esta prestación se trata de proteger tanto a la madre biológica en sus aspectos recuperadores y rehabilitadores como al recién nacido que requiere máxima atención, por ello es lógico que la prestación se haya extendido también al padre para que pueda participar en el cuidado del hijo. Pero además, esta prestación no es exclusiva de la maternidad biológica sino que se extiende, en sus mismos términos, a las situaciones de adopción, a la guarda con fines de adopción y al acogimiento familiar, con el alcance que después se verá.

La importancia de esta contingencia ha dado lugar, junto a la prestación contributiva, a una prestación de naturaleza no contributiva con la finalidad de dar cobertura a ese estado de necesidad de la manera más amplia posible, lo que es totalmente plausible, aunque no deja de ser paradójico que sea la Seguridad Social la que corra con el coste de una política social que desborda su ámbito y a la que debería contribuir la sociedad entera.

La maternidad se encuentra regulada en el Capítulo VI del Título II del TRLGSS (arts. 177-182), así como por la Disposición Adicional 18.ª6 LOI y por el RD 295/2009, de 6 de marzo, que establece su desarrollo reglamentario.

#### A) Concepto

La LGSS no define la contingencia de maternidad sino que se limita a enumerar las situaciones protegidas por esta prestación y a determinar su tiempo máximo de duración.

No obstante, de la regulación de la LGSS se desprende que la maternidad es aquella contingencia en que se encuentra la mujer que ha dado a luz a un hijo, tiene delegada la guarda con fines de adopción, o ha adoptado o acogido conforme a la ley a un menor de edad y cuya atención durante un determinado tiempo, fijado legalmente, le impide realizar cualquier otro tipo de actividad laboral, al tener el contrato de trabajo suspendido.

### B) Situaciones protegidas

Tras la reforma operada por la LOI existen dos supuestos de situaciones protegidas:

a) Supuesto general de protección, de naturaleza contributiva (arts. 177 TRLGSS), Disp. Adic. segunda Ley 26/2015, de 28 de julio y 2 RD 295/2009)

Dentro del supuesto general de naturaleza contributiva se incluyen las siguientes situaciones protegidas, durante las cuales la mujer tiene suspendido su contrato de trabajo:

a') Maternidad, la cual está vinculada al parto, teniendo la consideración de tal aquel que se produzca cuando el feto haya permanecido al menos 180 días en el seno materno.

b') Adopción, guarda con fines de adopción (guarda para la convivencia peradoptiva) y acogimiento familiar, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año (lo que excluye por tanto el acogimiento familiar de urgencia), y que se trate bien de menores de seis años, o bien de mayores de esta edad y menores de dieciocho años discapacitados o que por sus circunstancias o experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100 (RD 1.971/1999).

c') Se considerarán equiparables a la adopción o a la guarda con fines de adopción aquellas situaciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras que tengan la misma finalidad y efectos que los previstos para la adopción y a la guarda con fines de adopción.

d') Acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social.

e') Tutela sobre el menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar, que de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

f') Maternidad por sustitución (denominada en términos coloquiales "vientre de alquiler", con expresión que se quiere elocuente pero que rezuma frivolidad al compendiarse en la misma situaciones diversas). Si bien está prohibida en España reputándose nulo el contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, en cuya virtud una mujer renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art. 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), no obstante esta clase de maternidad se equipara judicialmente a las restantes situaciones de maternidad legalmente admitidas cuando se declara mediante resolución judicial del país de nacimiento y se inscribe la misma en el Registro Civil español, lo que comporta el reconocimiento del derecho al correspondiente subsidio, considerando la finalidad tuitiva de la madre y del menor que dicha prestación implica aunque no se trate en todo caso de maternidad biológica, sino adoptativa (STS de 15-9-2010, STSJ/Madrid de 18-10-2012 y STSJ/Castilla-La Mancha de 27-5-2015, e Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5-10-2010).



b) Supuesto especial de protección, de naturaleza no contributiva (arts. 181 y 182 TRLGSS)

- Maternidad biológica, la cual también está vinculada al parto, teniendo la consideración de tal aquel en que el feto haya permanecido al menos 180 días en el seno materno.

C) *Requisitos del hecho causante*

Para su estudio se distinguirá entre los dos supuestos de protección:

a) Supuesto general de naturaleza contributiva

Los requisitos exigidos en el supuesto general de naturaleza contributiva son los siguientes:

a') Reglas para los trabajadores contratados a tiempo completo

- Las personas incluidas en el RG, que estén afiliadas y en alta en el mismo o en situación asimilada al alta (arts. 178.1 TRLGSS y 3.1 D. 295/2009). El TC ha considerado válida regulación al entender que no procede la cesión de esta prestación al padre cuando la madre no es trabajadora por cuenta ajena (SSTC 75/2011 y 78/2011). Por su parte, se consideraran situaciones asimiladas al alta las siguientes (art. 4 RD 295/2009):
  - La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.
  - El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo.
  - El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
  - Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
  - La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
  - Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
  - El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
  - Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.
- Tener acreditado un período mínimo de cotización, salvo para los trabajadores menores de veintiún años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento, o de guarda con fines de adopción, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, supuestos en que no se exige dicho período mínimo [arts. 178.1, a) TRLGSS y 5.1 RD 295/2009]:
  - De noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al descanso o ciento ochenta días cotizados a los largo de su vida laboral para aquellos trabajadores que tengan cumplidos veintiún años de edad y sean menores de veintiséis en la fecha del

parto o decisión administrativa de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción [arts. 178.1, b) TRLGSS y 5.2.a) RD 295/2009].

- De ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, siempre que el trabajador tenga cumplidos veintiséis años en la fecha del parto o decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o resolución judicial por la que se constituye la adopción [arts. 1178.1, c) TRLGSS y 5.2.b) RD 295/2009].

#### b') Reglas para los trabajadores contratados a tiempo parcial

Estas reglas son las mismas que las establecidas en este supuesto para la jubilación IT, IP contributiva, muerte y supervivencia, y jubilación contributiva (para el estudio de dichas reglas, ver el Capítulo 11, II. 3, b), y con la única salvedad de que el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

#### b) Supuesto especial de protección de naturaleza no contributiva

- ✦ Trabajadores por cuenta ajena afiliados y en alta en el RG o en su situación asimilada al alta que no tengan acreditado el período mínimo de cotización (arts. 181 TRLGSS y 15 RD 295/2009).

### D) Contenido

El contenido de la prestación de maternidad, también difiere en los dos supuestos de protección:

#### a) Supuesto general de protección de naturaleza contributiva

Las prestaciones a que se tiene derecho son: la prestación es especie —asistencia sanitaria— y la prestación económica, consistente en un subsidio.

a') Respecto a la asistencia sanitaria es aplicable la normativa general de dicha prestación, tal y como se ha estudiado en el capítulo anterior, tanto durante el período de gestación, como en el parto y el puerperio. No obstante, es preciso recordar que las trabajadoras se consideran de pleno derecho en situación de alta a efectos de asistencia sanitaria por maternidad aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones instrumentales de afiliación y cotización (art. 166.4 TRLGSS).

b') La prestación económica de Seguridad Social consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora (arts. 179.1 TRLGSS y 6 RD 295/2009), salvo cuando se trate de trabajadores contratados para la formación, en que la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente (art. 7.4 RD 295/2009).

Con carácter general la base reguladora será la misma que la establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes, esto es, la del mes anterior a la del inicio del período de descanso. No obstante, el subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el INSS con la última base de cotización que conste en las bases de datos del sistema. En el supuesto de que la base de cotización del mes inmediatamente anterior fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva (art. 179.2 TRLGSS y art. 7 RD 295/2009).

En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco, salvo que el trabajador tenga una menor antigüedad en la empresa, en cuyo caso, la base reguladora de la

prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan (art. 7.2 RD 295/2009).

Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por ambos progenitores, adoptantes o acogedores, la prestación se determinará para cada uno de ellos en función de su respectiva base reguladora (art. 7.6 RD 295/2009).

En los casos de pluriempleo o pluriactividad se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora el tope máximo establecido a efectos de cotización (art. 3.6 RD 295/2009).

En los supuestos de pluriactividad, cuando los trabajadores acrediten las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. Si finalmente, aun totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá, en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva (art. 3.6, párrafo segundo, RD 295/2011).

Excepcionalmente, la base reguladora del subsidio se modificará en los siguientes casos (art. 7.8 RD 295/2009):

- Cuando se modifique la base mínima de cotización aplicable al trabajador.
- Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento.
- Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

En el caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados simultáneamente, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante seis semanas inmediatamente posterior al parto o cuando se trate de adopción o acogimiento a partir de la de cisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6.2 RD 295/2009).

## b) Supuesto especial de protección de naturaleza no contributiva

Al igual que en el supuesto general de protección, las prestaciones de esta contingencia son las prestaciones en especie —asistencia sanitaria— y la prestación económica, consistente en un subsidio.

La cuantía diaria del subsidio será igual al 100 por 100 del IPREM vigente en cada momento (arts. 182.2 TRLGSS y 16.1 RD 295/2009). No obstante, si la base reguladora diaria equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT derivada de contingencias comunes fuese de cuantía inferior se tomará ésta (art. 16.2 RD 295/2009).

## E) *Dinámica*

### a) Nacimiento

En el supuesto general de protección de naturaleza contributiva se tendrá derecho al subsidio de maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso (art. 8.1 RD 295/2009), esto es, según se trate de trabajadoras de régimen laboral común (TRET) o de empleadas públicas de régimen laboral especial (TREBEP).

En caso de pluriempleo o pluriactividad, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso y deberá coincidir el número de días disfrutado en los dos empleos o actividades (art. 3.6 RD 295/2009).

En el supuesto especial de naturaleza no contributiva se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del día del parto (art. 17.1 RD 295/2009).

#### b) Duración

a) El subsidio de naturaleza contributiva tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del menor se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas (art. 8.3 RD 295/2009).

La propia disposición reglamentaria contempla una amplia casuística:

- En caso de fallecimiento del hijo biológico, adoptado o menor acogido, la duración de la prestación no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre, o en su caso, los adoptantes o acogedores solicitaran reincorporarse a su puesto de trabajo (art. 8.4 RD 295/2009).
- En caso de fallecimiento del cónyuge que hubiera optado por el disfrute del descanso de maternidad, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad. La misma regla rige para los casos de adopción y acogimiento (art. 8.5 RD 295/2009).
- Las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad (art. 8.8 RD 295/2009).
- En los casos de partos prematuros y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización después del parto, podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto (art. 8.9 RD 295/2012).
  - El permiso se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar.
  - No se interrumpirá la percepción del subsidio por maternidad si durante el período de percepción del mismo se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad.
  - En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto.
  - Si la hospitalización tiene una duración superior a siete días, se ampliará la duración del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales. Esta ampliación tendrá lugar aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del mencionado permiso. El disfrute del período adicional del subsidio corresponderá a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta del descanso.

El subsidio de maternidad de naturaleza no contributiva tendrá una duración de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los casos de

nacimiento de hijo en una familia numerosa o mono parental o cuando la madre o el hijo estén afectados de incapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100. Dichos incrementos no serán acumulables (art. 17.2 RD 295/2009) y en el caso de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación no se verá reducida siempre que hubiere permanecido en el seno materno durante al menos 180 días.

### c) Extinción

El derecho al subsidio de maternidad de naturaleza contributiva se extinguirá por alguna de las siguientes causas (art. 8.12 RD 295/2009):

- Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los descansos.
- Por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración, siempre que el permiso sea disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores. La madre no se podrá reincorporar hasta que hayan transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio.
- Por la reincorporación al trabajo de uno o de ambos progenitores con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración en los supuestos de disfrute sucesivo o simultáneo. En el caso de incorporación de uno de los progenitores, el otro verá aumentada la duración del subsidio al que tuviera derecho el otro.
- Por fallecimiento del beneficiario, siempre que pueda continuar en el disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente.
- Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por IP, sin perjuicio de su disfrute por el otro progenitor.

El derecho al subsidio de maternidad de naturaleza no contributiva se extinguirá por las siguientes causas (art. 17.6 RD 295/2009):

- Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- Por reconocerse a la beneficiaria una pensión por IP.

### F) Denegación, anulación y suspensión del derecho

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido (arts. 1180 TRLGSS y 11 RD 295/2009):

- Cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- Cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo si se trata de la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.
- Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

### G) Gestión

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas por el INSS, el cual realizará directamente el pago del subsidio por períodos vencidos, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

El subsidio especial en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimientos múltiples al término



de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción (arts. 12 y 19 RD 295/2009).

## 2. PATERNIDAD

La existencia de la prestación de paternidad en nuestro derecho ha sido una consecuencia de la armonización de la legislación española con la comunitaria. La finalidad de esta prestación es que el padre o el otro progenitor contribuya con su presencia en el hogar al reparto de las cargas de la unidad familiar, especialmente, aunque no sólo, en el cuidado de los hijos. A tal efecto, la legislación laboral ha conceptualizado la paternidad como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo (Capítulo 13, II, 2 de nuestro Sistema de Derecho del Trabajo) aunque, al igual que se apuntaba en la maternidad, no deja de ser paradójico que sea la Seguridad Social quien tenga que hacerse cargo de una prestación derivada de una adecuada política social de igualdad obediente a unos objetivos y valores que competen a toda la sociedad en general.

La paternidad se encuentra regulada en el Capítulo VII del Título II TRLGSS (arts. 183 a 185). Este capítulo ha sido añadido por la Disposición Adicional 18.<sup>a</sup>7 LOI, siendo desarrollado reglamentariamente por el RD 295/2009 (arts. 22 a 30). Posteriormente, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, ha ampliado la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento.

### A) Concepto

El TRLGSS no define la contingencia de paternidad, sino que se limita a enumerar las situaciones protegidas por esta prestación y a determinar su tiempo máximo de duración.

No obstante, de la regulación del propio TRLGSS se desprende que la paternidad es aquella contingencia en que se encuentra el trabajador o el otro progenitor que ha sido padre que tiene delegada la guarda con fines de adopción, o ha adoptado o acogido de manera legal conforme a la ley a un menor de edad y cuya atención durante un determinado tiempo, fijado legalmente, le impide realizar cualquier otro tipo de actividad laboral, al tener el contrato de trabajo suspendido.

### B) Situaciones protegidas

A los efectos de la prestación por paternidad se consideran situaciones protegidas (art. 22 RD 295/2009):

- a) El nacimiento de hijo.
- b) La adopción, guarda con fines de adopción (guarda para la convivencia peradoptiva) y acogimiento familiar, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año (lo que excluye por tanto el acogimiento familiar de urgencia), y que se trate bien de menores de seis años, o bien de mayores de esta edad y menores de dieciocho años discapacitados o que por sus circunstancias o experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años presenten alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100 (RD 1.971/1999).

- c) Se considerarán equiparables a la adopción o a la guarda con fines de adopción aquellas situaciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras que tengan la misma finalidad y efectos que los previstos para la adopción y a la guarda con fines de adopción.
- d) Los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social
- e) La tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

### C) *Requisitos del hecho causante*

En la situación de paternidad, a diferencia de la de maternidad, la normativa establece un subsidio único, de carácter contributivo, para cuyo percibo se exigen los siguientes requisitos (arts. 184 TRLGSS y 23 RD 295/2009):

#### a) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta

Se considerarán situaciones asimiladas al alta (art. 24 RD 295/2009):

- ✦ La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.
- ✦ El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo.
- ✦ El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- ✦ Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- ✦ La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
- ✦ Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, cuando, en supuestos de adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad sea percibido por el otro progenitor.
- ✦ El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- ✦ Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos, que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

#### b) Período previo de cotización

##### a') Regla general

Tener acreditado un mínimo de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de la suspensión, o alternativamente 365 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha.

##### b') Reglas especiales para los trabajadores contratados a tiempo parcial

Estas reglas son las mismas que las establecidas en este supuesto para la IT, IP contributiva, muerte y supervivencia, y jubilación contributiva (para el estudio de dichas reglas, ver el Capítulo 11, II. 3, b), bien que referidas naturalmente a la contingencia de paternidad y con la única salvedad de que el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral (art. 247 b) TRLGSS).

### D) *Contenido*

La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que esté establecida para la prestación de IT derivada de contingencias comunes, tomando

como referencia la fecha del inicio de descanso (arts. 185 TRLGSS y 25 RD 295/2009), salvo cuando se trate de trabajadores contratados para la formación en que la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente (art. 25.4 RD 295/2009).

No obstante, el subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el INSS con la última base de cotización que conste en las bases de datos del sistema y en el supuesto de que la base de cotización del mes inmediatamente anterior fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva (art. 25.3 RD 295/2009).

En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco, salvo que el trabajador tenga una menor antigüedad en la empresa, en cuyo caso, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan (art. 25.2 RD 295/2009).

En las situaciones de pluriactividad, si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si, en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización (art. 23.4 RD 295/2009).

En situaciones de pluriempleo, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente período de descanso y, a efectos de base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización (art. 23.4 RD 295/2009).

Excepcionalmente, la base reguladora del subsidio se modificará en los siguientes casos (art. 25.6 RD 295/2009):

- ✦ Cuando se modifique la base mínima de cotización aplicable al trabajador.
- ✦ Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento.
- ✦ Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

## E) Dinámica

### a) Nacimiento

El derecho al subsidio de paternidad nacerá en el mismo día en que dé comienzo el período de suspensión del contrato de trabajo o del permiso correspondiente en el caso de empleados públicos en régimen laboral (art. 26.1 RD 295/2009). Éste podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador (art. 48.7 TRET).

Existen una serie de supuestos especiales respecto al comienzo del subsidio de paternidad:

- ✦ En el caso de parto, si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, el otro progenitor percibirá el subsidio por paternidad inmediatamente después del permiso retribuido, legal o convencional, a que tuviera derecho y, a continuación, percibirá el subsidio por maternidad (art. 26.4, primer párrafo, RD 295/2009).

- ✦ En caso de parto, si la madre no trabaja y no hay lugar a períodos de descanso por maternidad, se presumirá que éstos han existido a los efectos del permiso por paternidad que, entonces, podrá iniciarse de la misma manera que si la madre hubiera sido trabajadora con derecho al disfrute de períodos de descanso (art. 26.4, segundo párrafo, RD 295/2009).
- ✦ En todos los casos en que proceden ampliaciones de los períodos de descanso o permisos por maternidad, o en el caso del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva, el subsidio por paternidad podrá iniciarse al término de dichos períodos adicionales o con anterioridad a su finalización (art. 26.5 RD 295/2009).
- ✦ Cuando se perciba el subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, el subsidio por paternidad se podrá percibir, bien durante la percepción del subsidio por maternidad en su totalidad, o bien inmediatamente después de su extinción (art. 26.6 RD 295/2009).

En los casos de pluriempleo y pluriactividad el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida (art. 23.4 RD 295/2009).

#### b) Duración

La duración del subsidio de paternidad será equivalente a la del período de descanso en que el contrato de trabajo queda suspendido, con independencia del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad, en los siguientes términos (art. 26.2 RD 925/2009 y Disp. Trans. séptima TRET):

- ✦ Trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de partos múltiples, adopción o acogimiento. El artículo 1 de la Ley 9/2009 modificó el artículo 48 bis ET equiparando la duración de dicho período suspensivo al establecido para la maternidad a partir del 1-1-2011 (Disp. Adic. 2º). Pero debe tenerse en cuenta que, tras sucesivos aplazamientos de la entrada en vigor de tal equiparación introducidos por las LPGE, que la Disp. Trans. séptima, 1º TRET viene a confirmar para el penúltimo de ellos, la LPGE-2016 (Disp. final undécima) vuelve a aplazar esa vigencia al 1-1-2017.
- ✦ Quince días naturales ininterrumpidos cuando se trate de empleados públicos que prestan sus servicios en régimen laboral (arts. 49.c y 51, y Disp. Trans. sexta TREBEP), quienes pueden disfrutar del permiso de paternidad contemplado en esta normativa en virtud del principio de especialidad, que otorga preferencia a la misma respecto de la general regulada en el ET, hoy TRET (art. 48.7), pero que, dado que el carácter y la función de dicho principio, no permite aplicar los preceptos de ambas normas estatutarias de forma acumulativa o simultánea (STS 19-5-2009 y SAN 6-3-2008).
- ✦ Veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nacimiento del hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición en tales supuestos o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100. Esta duración es ampliable en dos días más por cada hijo o menor a partir del segundo en caso de partos, adopción, guarda con fines de adopción o acogimientos múltiples.
- ✦ Veinte días naturales ininterrumpidos cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100.

#### c) Extinción

El subsidio por paternidad se extinguirá en los siguientes supuestos (art. 26.8 RD 925/2009):

- ✦ Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- ✦ Por la reincorporación voluntaria al trabajo o actividad.
- ✦ Por causar el beneficiario pensión de jubilación o incapacidad permanente.
- ✦ Por fallecimiento del beneficiario.

### F) Denegación, anulación y suspensión del derecho

El derecho al subsidio por paternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido (arts. 185 TRLGSS y 28 RD 295/2009):

- Cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- Cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo en supuestos de percepción de un subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo.
- Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

### G) Gestión

La prestación económica por paternidad será gestionada directamente por el INSS, el cual realizará el pago del subsidio, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

El subsidio se abonará en un único pago, aunque no haya finalizado el disfrute del período de descanso (art. 29 RD 925/2009).

## II. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

Estas prestaciones, al igual que la maternidad y paternidad, han sido fruto de la armonización de nuestra legislación laboral y de Seguridad Social con la comunitaria (Directiva 92/1985), una vez superada la cicatería inicial del legislador ordinario en la redacción del artículo 26 LPRL.

Las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural tienen su origen en los efectos negativos que para la madre y el hijo producen las condiciones materiales de trabajo, por lo que no parece lógico que deba traspasarse la deuda de seguridad del empresario a un tercero, cuando lo que debería es exigírsele el cumplimiento de las medidas de distinta intensidad de prevención del riesgo laboral que contempla el artículo 26 LPRL.

Por otra parte, estas prestaciones al tener naturaleza derivada de contingencias profesionales son gestionadas por las MCSS por lo que son frecuentes las discrepancias entre el facultativo del servicio público de salud que emite un informe favorable a la trabajadora para el reconocimiento de la prestación y el facultativo de la MCSS que considera que no existe una situación de riesgo, lo cual aboca a la trabajadora de manera inmediata a solicitar una baja por contingencias comunes y a entablar un proceso judicial contra la MCSS. Cuando se produce esta situación, se podría considerar que el procedimiento de reconocimiento del derecho regulado en la primitiva redacción del artículo 26 LPRL, con la existencia de un solo facultativo que expedía un certificado médico, es mucho más coherente que el actual ya que, en este caso de conflicto de diagnóstico entre facultativos, se provoca a la trabajadora una situación de estrés laboral totalmente innecesaria, además de irrogarle un posible perjuicio para su salud y la del hijo como consecuencia de las inadecuadas condiciones de trabajo.

### I. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La contingencia de riesgo durante el embarazo se encuentra regulada en el Capítulo VIII del Título II TRLGSS (arts. 186 y 187) que recoge en parte la incorporación a la Seguridad Social de esta contingencia por la Disposición Adicional 18.<sup>a</sup>7 LOI, desarrollada reglamentariamente mediante el RD 295/2009 (arts. 31 a 48).



### A) *Situaciones protegidas*

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en la que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo (véase el Capítulo 13, II, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*) en que debiendo cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado —según lo previsto en los artículos 26.2 y 3 LPRL— dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (arts. 31.1 RD 295/2009).

Por el contrario, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado (art. 31.2 RD 295/2009).

Una importante modificación introducida por la LOI es que la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, lo que implica:

- Que se gestionará por la entidad gestora o MCSS por la que se hayan asegurado las contingencias profesionales.
- Que se estará en situación de alta de pleno derecho.
- Que no hace falta período de carencia para que la prestación sea reconocida.

### B) *Requisitos del hecho causante*

Serán beneficiarias del subsidio de riesgo durante el embarazo las trabajadoras por cuenta ajena afiliadas y en alta en la Seguridad Social que se encuentren en situación de suspensión de su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, sin que sea necesario acreditar un período mínimo de cotización, como acaba de señalarse (art. 32 RD 295/2009).

Las referidas trabajadoras se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio, aunque la empresa hubiera incumplido sus obligaciones instrumentales de afiliación y alta, conforme se ha apuntado (art. 32.3 RD 295/2009).

### C) *Contenido*

La prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora (arts. 187.3 TRLGSS y 33 RD 295/2009).

La base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT, esto es, la base de cotización derivada de contingencias profesionales del mes anterior al hecho causante, o en su caso, la de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo (art. 34.1 RD 295/2009). En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período y en caso de ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan (art. 34.4 RD 295/2009). Cuando se trate de trabajadores contratados para la formación, la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente (art. 34.5 RD 295/2009).

En las situaciones de pluriempleo se tendrán en cuenta las siguientes particularidades (art. 34.2 RD 295/2009):

- Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base

reguladora del subsidio se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

- Si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declarase en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

Por su parte, en las situaciones de pluriactividad se tendrán en cuenta las siguientes particularidades (art. 48 RD 295/2009):

- Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.
- Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo. La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

## D) Dinámica

### a) Nacimiento

El derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por esta contingencia o el permiso por riesgo durante el embarazo (arts. 187.2 TRLGSS y 35.1 RD 295/2009), esto es, según se trate de trabajadoras de régimen laboral común (TRET) o de empleadas públicas de régimen laboral especial (TREBEP).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho (arts. 26 LPRL y 39 RD 295/2009) es ciertamente complejo. Se inicia a instancia de la interesada mediante un informe del facultativo del Servicio Público de Salud. A continuación la empresa debe expedir un certificado sobre la actividad desarrollada y condiciones del puesto de trabajo. Con ambos documentos la trabajadora deberá solicitar a la entidad gestora o colaboradora un certificado médico sobre la existencia de riesgo durante el embarazo. En caso de que se expida dicho certificado, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Por último, para el percibo del subsidio la trabajadora deberá presentar la oportuna solicitud, en modelo oficial, ante la entidad gestora o MCSS.

### b) Duración

El subsidio se abonará durante el período de suspensión o permiso que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del feto, y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (arts. 187.2 TRLGSS y 35.2 RD 295/2009).

Asimismo, el subsidio se abonará a las trabajadoras contratadas a tiempo parcial durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (art. 35.3 RD 295/2009).

### c) Extinción

El derecho al subsidio se extinguirá (art. 35.4 RD 295/2009) por las siguientes causas:

- ✦ Suspensión del contrato de trabajo por maternidad.
- ✦ Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.
- ✦ Extinción del contrato de trabajo.
- ✦ Interrupción del embarazo.
- ✦ Fallecimiento de la beneficiaria.

### E) Denegación, anulación y suspensión del derecho

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido (arts. 36.2 y 3 RD 295/2009) por las siguientes causas, coincidentes con las previstas para la IT:

- ✦ Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- ✦ Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo en los supuestos de pluriactividad.
- ✦ El derecho al subsidio se suspenderá durante los períodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas, en tanto no se produzca el nuevo llamamiento.

### F) Gestión

El pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo se llevará a cabo por la entidad gestora o MCSS con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales en el momento de la suspensión del contrato (arts. 187.4 TRLGSS y 38.1 RD 295/2009).

El pago del subsidio se realizará por la entidad gestora o colaboradora por períodos mensuales vencidos (art. 38.2 RD 295/2009).

## 2. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La contingencia de riesgo durante la lactancia natural se encuentra regulada en el Capítulo IX del Título II TRLGSS (arts. 188 y 189), que recoge en parte la incorporación a la Seguridad Social de esta contingencia por la LOI (Disp. Adic. 18.ª10) y cuyo desarrollo reglamentario se ha producido mediante el RD 295/2009 (arts. 49 a 51).

### A) Situación protegida

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el período de suspensión del contrato de trabajo (véase el Capítulo 13, II, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*) en los supuestos en que, debiendo cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, según lo previsto en el artículo 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (arts. 188 TRLGSS y 49.1 RD 295/2009).

Por el contrario, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividades desempeñados (art. 49.2 RD 295/2009).

### B) Requisitos del hecho causante

Serán beneficiarias del subsidio de riesgo durante la lactancia natural las trabajadoras por cuenta ajena afiliadas y en alta en la Seguridad Social que se encuentren en situación de suspensión de su contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, sin que sea necesario acreditar un período mínimo de cotización.

Las referidas trabajadoras se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio, aunque la empresa hubiera incumplido sus obligaciones instrumentales de afiliación y alta.

### C) Contenido

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de riesgo durante el embarazo (arts. 189 TRLGSS y 50.1 RD 295/2009).

Sin embargo, no procederá el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad (art. 50.2 RD 295/2009).

### D) Dinámica

#### a) Nacimiento

El derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato o el permiso por riesgo durante la lactancia natural (art. 50.1 RD 295/2009), esto es, según se trate de trabajadoras de régimen laboral común (TRET) o de empleadas públicas de régimen laboral especial (TREBEP).

#### b) Duración

El subsidio se abonará durante el período de suspensión o permiso que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del hijo hasta que el lactante cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo o a otro compatible con su situación (arts. 189 TRLGSS y 50.1 RD 295/2009).

#### c) Extinción

El derecho al subsidio se extinguirá (arts. 189 TRLGSS y 50.3 RD 295/2009) por las siguientes causas:

- Cumplir el hijo los nueve meses de edad.
- Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior u otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación.
- Extinción del contrato de trabajo.
- Interrupción de la lactancia natural.
- Fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

### E) Gestión

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se llevará a cabo por la entidad gestora o colaboradora con la que tenga la empresa concertada la cobertura de contingencias profesionales en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante la

situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes (art. 51.1 RD 295/2009).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio será idéntico al establecido para la prestación de riesgo durante el embarazo, siempre que se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo (art. 51.2 RD 295/2009). Todo ello, sin perjuicio de que por parte de las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se puedan establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación (art. 51.3 RD 295/2009).

### III. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

Esta prestación contingencia está regulada en los artículos 190 a 192 TRLGSS y en el RD 1.148/2011, de 29 de julio. La prestación económica que en su virtud se reconoce consiste en un subsidio que tiene por cuyo objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas beneficiarias al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

#### I. SITUACIÓN PROTEGIDA

La situación protegida consiste en la reducción de la jornada de trabajo (art. 37.6 TRET), a la que tienen derecho los trabajadores que reúnan la condición de progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) u otra enfermedad grave (arts. 190 TRLGSS y 3 y anexo del RD 1.148/2011), que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante la hospitalización y el tratamiento médico continuado de la enfermedad o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización derivados de la enfermedad grave, siempre que sea acreditada por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la CA correspondiente (arts. 190 TRLGSS y 2.1 RD 1.148/2011). No obstante, cuando el diagnóstico y tratamiento del cáncer o enfermedad grave del menor se haya realizado a través de los servicios médicos privados, se exigirá que la declaración sea cumplimentada además por el médico del centro responsable de la atención del menor (art. 2.2 RD 1.148/2011).

En los supuestos de recaída del menor por el cáncer o la misma enfermedad grave no será necesario que exista un nuevo ingreso hospitalario, si bien deberá acreditarse, mediante una nueva declaración médica, la necesidad de la continuación del tratamiento médico así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor por el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor (arts. 190 TRLGSS y 2.4 RD 1.148/2011).

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (arts. 191.2 TRLGSS y 4.3 RD 1.148/2011) y en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar (art. 4.4 RD 1.148/2011).



También se establece la posibilidad, mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, la alternancia entre ellas del percibo del subsidio por períodos no inferiores a un mes (art. 4.5 RD 1.148/2011).

Se excluyen expresamente como beneficiarios de la situación protegida a los funcionarios, que se regirán a este respecto por lo dispuesto en el artículo 49, c) del TREBEP y en la normativa que lo desarrolle (art. 191.3 TRLGSS).

## 2. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Para el acceso al derecho a esta prestación son exigidos los requisitos siguientes (art. 191.1 TRLGSS):

- ✦ Los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores deben estar afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social aunque bastará que sólo lo esté uno de ellos, si el otro, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporado obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional (art. 4.2 RD 1.148/2011).
- ✦ Como mínimo uno de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores ha de acreditar los períodos mínimos de cotización siguientes (art. 5 RD 1.148/2011):
  - Si tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26 en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha fecha. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, la persona trabajadora acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada.
  - Si tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha fecha. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, la persona trabajadora acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada.
  - Por el contrario, no se exigirán períodos mínimos de cotización para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a las personas trabajadoras que tengan menos de 21 años de edad en la fecha en que inicien la reducción de jornada.
- ✦ La enfermedad grave que sufra el menor, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica, deberá estar incluida en el anexo del RD 1.148/2011 (art. 3 RD 1.148/2011).
- ✦ El beneficiario ha de reducir su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor (arts. 190 TRLGSS y 4.1 RD 1.148/2011).

## 3. CONTENIDO

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio, de devengo diario, equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por IT, derivada de contingencias profesionales, salvo en aquellos casos en que la persona trabajadora no tenga cubierta dicha contingencia, en cuyo caso, la base reguladora de la misma estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes. Asimismo, la base reguladora del subsidio se modificará o actualizará al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes (arts. 192.1 TRLGSS y 6.1 RD 1.148/2011).

En el caso de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los

tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho período. A dicha base reguladora se aplicará el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho período (arts. 192.1 TRLGSS y 6.2 RD 1.148/2011).

#### 4. DINÁMICA

##### A) *Nacimiento*

El derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave nacerá a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha en que se produjo dicha reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses (art. 7.1 RD 1.148/2011).

##### B) *Duración*

El subsidio se reconocerá por un período inicial de un mes, prorrogable por períodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la CA correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los 18 años (art. 7.1, segundo párrafo RD 1.148/2011). No obstante, cuando la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el período concreto que conste en el informe (art. 7.1, tercer párrafo, RD 1.148/2011).

##### C) *Suspensión*

La percepción del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave quedará en suspenso en los supuestos siguientes (art. 7.2 RD 1.148/2011):

- ✦ En las situaciones de IT, durante los períodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral. No obstante, en estos casos se podrá reconocer un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio.
- ✦ En el supuesto de alternancia en el percibo del subsidio entre las personas progenitoras, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedoras. En este caso el percibo del subsidio quedará en suspenso para la persona progenitora, adoptante o acogedora que lo tuviera reconocido cuando se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

#### D) Extinción

El subsidio por cuidado de hijos menores de cáncer u otras enfermedades graves se extinguirá (arts. 192.2 TRLGSS y 7.3 RD 1.148/2011):

- ✦ Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese.
- ✦ Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la CA correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor.
- ✦ Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.
- ✦ Por cumplir el menor 18 años.
- ✦ Por fallecimiento del menor.
- ✦ Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación.

#### 5. GESTIÓN

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la MCSS o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. No obstante, cuando la persona trabajadora no tenga la cobertura de los riesgos profesionales, será competente para la gestión de la prestación la entidad gestora o la mutua que asuma la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes (arts. 192.3 TRLGSS y 8.1 RD 1.148/2011).

La responsabilidad del pago se mantendrá hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación y de cobertura formalizado en su día. Si en la fecha de dicho vencimiento se hubiera producido un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, en su caso, será la nueva entidad la que asuma el pago del subsidio durante el período de doce meses y los sucesivos, en su caso, en tanto mantenga dicha cobertura (art. 8.2 RD 1.148/2011).

El pago del subsidio se realizará por períodos mensuales vencidos y en el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago se realice mensualmente (art. 8.4 RD 1.148/2011).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. MATERNIDAD Y PATERNIDAD

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)», *RL*, n.º 18/2009.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad», *AS*, n.º 6/2010.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007», *RL*, n.º 5/2008.
- BERROCAL JAIME, A.: *La tutela judicial de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Barcelona, 2003.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos», en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: «La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles», *AS*, n.º 1/2009.
- «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora», *REDT*, n.º 139/2008.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B.: «La maternidad acaecida durante el período de tramitación judicial del despido y la cuestión del requisito de alta o situación asimilada», *AS*, n.º 11/2010.
- FERRER SILVA, V.: «¿Y quién me paga la prestación por maternidad?», *RAD*, n.º 8/2009.
- GARCÍA PERROTE, I.: «La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombre: una guía de síntesis para su aplicación en la empresa en materias laborales y de Seguridad Social», *IL*, n.º 15/2007.
- GARCÍA VIÑA, J.: «Análisis de la paternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y prestación de la Seguridad Social», *TRS*, n.º 200/2007.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 295/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de la transposición «por entregas»», *REDT*, n.º 143/2009.
- GIL PLANA, J., y AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Pamplona, 2010.
- GÓMEZ GORDILLO, R.: «Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción», *AS*, n.º 21/2011.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., e IGARTÚA MIRÓ, M. T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, 2002.
- HERNÁNDEZ QUEREDA, A.: «La protección de la maternidad y la lactancia natural», *Consell Obert*, n.º 231/2008.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales», en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Notas sobre maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de Igualdad», *AL*, n.º 15/2007.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: «Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo, en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena», *AS*, n.º 3/2009.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de Seguridad Social regulados por la Ley Orgánica de Igualdad», *IL*, 12/2007.

- SAEZ MERINO, A. R.: «La protección social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: «El desempleo y la maternidad/paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad», *RMTAS*, n.º extraordinario, 2007.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «El disfrute del padre de la baja por maternidad», *Capital Humano. Revista para la integración y Desarrollo de los Recursos Humanos*, n.º 220/2008.
- TUSET DEL PINO, P.: «El nuevo régimen legal de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *IL*, n.º 21/2007.

## II. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

- ARETA MARTÍNEZ, M.: «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo para que nazca la contingencia de riesgo durante el embarazo? El alta como requisito para causar derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo. Comentario a la STS n.º 3, Navarra, de 29-1-2002», *AS*, n.º 4/2002.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural», *AS*, n.º 1/2010.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «Disfrute de las vacaciones en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia», *RL*, n.º 7/2010.
- GARCÍA NINET, J. I.: «La prestación económica por riesgo durante el embarazo», *TRS*, n.º 139/2002.
- GARCÍA VIÑA, J.: «La obligación del empresario de prevenir los riesgos físicos y psico-sociales en relación a la mujer embarazada. ¿Qué relación existe entre esta protección y el conocimiento del embarazo después de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio?», *AS*, n.º 14/2008.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia», *AS*, n.º 2/2012.
- JOVER RAMÍREZ, C.: «Riesgo durante el embarazo y legitimación activa del sindicato», *AS*, n.º 6/2011.
- LEONÉS SALIDO, J. M.: «Prestación económica de riesgo por lactancia: importancia de los certificados médicos del INSS», *Diario La Ley*, 2008, Ref. D-168.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «El subsidio económico de las madres lactantes. Análisis de su régimen jurídico y de la incipiente doctrina judicial a propósito de su procedencia o improcedencia», en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P.: «El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural de contingencia común o profesional», *IL*, 34/2007.
- NAVARRO NIETO, F.: «La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural», *RL*, n.º 5/2012.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de Seguridad Social regulados por la Ley Orgánica de Igualdad», *IL*, 12/2007.
- RABANAL CARBAJO, P.: «Las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes», *AL*, n.º 6/2005.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de la Seguridad Social», *Revista Justicia Laboral*, n.º 9/2002.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Pamplona, 2002.



ZAPIRAIN BILBAO, A.: «Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo. Ausencia de riesgo específico y falta de acreditación por la empresa de la imposibilidad técnica u objetiva de cambio de puesto», *AS*, n.º 11/2012.

### III. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», *AL*, n.º 8/2011.

PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», *RAD*, n.º 1/2011.

## CAPÍTULO 10.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (III): INCAPACIDAD PERMANENTE

Dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, la prestación de IP es una de las más importantes, como se desprende de su finalidad dirigida a ofrecer una renta compensatoria al trabajador que ha disminuido o perdido su capacidad de trabajo. Sin embargo, esta relevancia no ha ido pareja a la acción normativa de los sucesivos Gobiernos, que no han sido capaces de desarrollar reglamentariamente la notable modificación llevada a cabo en esta prestación mediante la LCRSS, por lo que, actualmente, las referencias que hace el TRLGSS a las normas reglamentarias deben entenderse hechas a las normas de este rango anteriores al año 1997. Esta inseguridad jurídica se ha visto agravada con la entrada en vigor de la LMSS, que afecta a hechos causantes producidos a partir de 1 de enero de 2008. Además, esta ley modificó la LGSS en lo relativo a la prestación de IP, flexibilizando el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores más jóvenes para acceder a la IP por enfermedad común, variando el cálculo del importe de la pensión derivada de enfermedad común para aproximarla al cálculo de la pensión de la jubilación y reformando el complemento de la pensión de gran invalidez desvinculándose de la cuantía de la pensión de IP absoluta.

Junto al problema de la inseguridad jurídica, sobre esta prestación pesa la sospecha de fraude en determinados casos tanto en los requisitos para su reconocimiento como en su régimen de compatibilidades, por lo que todas las medidas recientes han ido encaminadas en esa dirección pretendiendo atajar que un elevado número de personas de edad laboral avanzada y con dificultades para encontrar empleo acudan a esta prestación como válvula de escape del mercado de trabajo. Utilización desviada de la prestación que podría corregirse con ventaja mediante una adecuada política de empleo productivo (de calidad) y diversificado.

#### I. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

##### I. CONCEPTO

La modalidad contributiva de la contingencia de IP se encuentra regulada actualmente en los artículos 193 a 200 TRLGSS. Se define de manera legal y descriptiva como «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales

graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (art. 193.1 TRLGSS). En su actual redacción (derivada del art. 136.1 LGSS conforme con la Disp. Final Cuarta, cinco LPGE 2014) el concepto legal mantiene la supresión de la anterior exigencia de «alta médica», considerándose inadecuada. De un lado, tanto porque exista IT y alta por curación, como porque el trabajador continúe en IT con tratamiento médico hasta la calificación de IP en el grado que proceda. De otro, teniendo en cuenta la inexistencia de alta médica si la IP se reconoce en un proceso completo y autónomo, al margen de una previa IT.

En todo caso, el concepto legal evidencia el indispensable fundamento científico-médico sobre el que el mismo se construye, lo que supone partir de la calificación, en ese ámbito técnico, de una individualizada patología del beneficiario con determinada repercusión en su capacidad de trabajo.

## 2. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Del concepto legal de IP se desprenden los siguientes elementos característicos:

### *A) Elemento causal: sujeción previa al tratamiento prescrito*

La modalidad contributiva de la IP exige que el trabajador se haya sometido previamente al tratamiento médico prescrito, al margen de que la alteración grave de su salud derive de contingencias comunes o profesionales. No obstante, existen algunas excepciones de indudable relevancia a esta regla general que vienen a modular este elemento:

— No será necesario que la IP derive de IT cuando afecte a personas que carezcan de la protección que brinda esta última, ya sea porque se encuentren en una situación asimilada a la de alta que no la comprenda, ya sea en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia, o, en fin, ya sea en los casos de acceso a la IP desde la situación de no alta, como sucede, por ejemplo, con la situación de desempleo posterior a una IT (art. 193.2 TRLGSS y SSTs 17-7-2000 y 27-1-2003).

Como razona la STS 26-5-1972, sintetizando el criterio que subyace a esta excepción, «si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro de tipo transitorio, hay realidades patológicas...en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad, y ello es así por la propia naturaleza de las cosas que impide pasar por un estado transitorio de incapacidad cuando la misma ha sido presentada en su total y completa patología».

En suma, si bien la IP suele aparecer con mayor frecuencia en virtud del tratamiento médico previo dispensado por una IT, dicho tratamiento puede estar vinculado tan sólo a una patología completa e irreversible que haya de calificarse como IP, sin necesidad de que ésta derive de una IT.

— En principio, la IP que protege el RG es la que sobreviene al trabajador una vez que éste tiene tal condición jurídica, sin que se consideren a efectos de la IP las lesiones anteriores a dicha condición (SSTs 27-7-1992 y 26-1-1999). No obstante, existen dos excepciones a esta regla general. En virtud de la primera, de cuño jurisprudencial, se reconoce la IP cuando existe una agravación de lesiones previas con efectos invalidantes para el trabajo que permitió al afectado realizar las funciones determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. La segunda excepción es una suerte de especificación de la anterior, en este caso con expresa aceptación legal, cuando se trate de personas discapacitadas que en el momento de su afiliación a la Seguridad Social presenten reducciones anatómicas o funcionales, que podrán ser calificadas como incapaces permanentes si con posterioridad a dicha afiliación sus reducciones se han agravado provocando, por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación (art. 193.1, párrafo segundo TRLGSS).

*B) Elemento objetivo: reducciones anatómicas o funcionales graves*

La alteración de la salud debe ir acompañada de reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de valoración objetiva mediante dictamen médico, pieza básica para fundamentar la resolución administrativa sobre la IP y calificar el grado en que la misma concurre.

Nótese que la norma adjetiva como graves las reducciones anatómicas o funcionales, pero no la enfermedad de la que suelen derivar, ni la alteración de la salud que ésta provoca. Ello es así porque si bien toda enfermedad grave revierte en algún tipo de incapacidad, no toda IP puede considerarse como enfermedad grave, puesto que deficiencias que inhabilitan, total o parcialmente, para el desempeño del trabajo, y que por ello revisten gravedad a efectos de la IP, no tienen necesariamente la misma consideración fuera del contexto laboral.

La objetividad que la norma exige para este elemento no debe entenderse en términos absolutos, puesto que la Medicina no tiene la consideración de ciencia exacta, máxime en determinados procesos patológicos (por ejemplo, enfermedades mentales) donde el juicio diagnóstico tiene un superior margen de apreciación. Lo que este elemento requiere es que aquel diagnóstico esté fundado en el rigor científico que posibilita la Medicina para el conocimiento y valoración de las patologías y sus consecuencias en el ámbito de la IP.

El legislador, en aras de reducir la discrecionalidad de la Administración para el reconocimiento de la IP en su distintos grados, ha pretendido fijar una lista de enfermedades que ayude a determinar la valoración objetiva de las reducciones anatómicas funcionales y su correlación con el grado de incapacidad (art. 194.3 TRLGSS). Sin embargo, la ausencia de desarrollo reglamentario de esa relación, con el plazo caducado para llevarlo a cabo en la precedente LGSS (Disp. Trans. Quinta bis) y con plazo indefinido a tal fin en el actual TRLGSS (Disp. Trans. vigésima sexta) ha impedido el establecimiento de criterios generales y uniformes al respecto, lo que propicia una desmesurada casuística aplicativa y la consiguiente dificultad de recurrir en unificación de doctrina a fin de obtener la deseable homogeneización de los criterios aplicativos.

*C) Elemento subjetivo: reducción de la capacidad de trabajo*

Las reducciones anatómicas o funcionales deben aminorar o anular la capacidad de trabajo. Lo determinante en la prestación de IP no es la alteración de la salud en sí misma, aunque se trate de un presupuesto previo, sino su influencia negativa en la capacidad laboral del trabajador afectado, lo que implica cotejar aquellas reducciones, en cuanto elemento objetivo de la IP, con su incidencia en dicha capacidad como elemento subjetivo y, por ello, de variable repercusión en la concreta profesión u oficio habitual desempeñados por el trabajador. De aquí que la norma establezca, a efectos de calibrar esa incidencia y calificar el grado de IP, una escala que oscila entre un mínimo del 33 por 100 de disminución del rendimiento en la IP parcial para la profesión habitual hasta un máximo del 100 por 100 identificado con la IP absoluta para todo tipo de trabajo.

La calificación de la IP en sus distintos grados debe determinarse en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que se establezca mediante reglamento (art. 194.2, 1º TRLGSS), desarrollo normativo inédito hasta la fecha, como acaba de señalarse, y que, en consecuencia, dificulta la operatividad aplicativa de esta prestación. En todo caso, para determinar el grado de incapacidad se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el trabajador o del grupo profesional en el que estaba encuadrado antes de producirse el hecho causante de la IP (art. 194.2, 2º TRLGSS), si bien esta determinación ha sido modulada por la jurisprudencia al perfilar la noción de profesión habitual (ver infra II).

Por consiguiente, la valoración de las reducciones anatómicas o funcionales se realiza siempre en conexión con la capacidad de trabajo. Pero, a estos efectos, en algunos grados de la IP se tienen además en

cuenta otros factores personales o relativos al mercado de trabajo (edad, formación, dificultad de encontrar empleo, pérdida de autonomía vital) como sucede con la IP total cualificada para mayores de 55 años o con la gran invalidez.

#### *D) Elemento temporal: permanencia de las reducciones anatómicas o funcionales*

Las reducciones anatómicas o funcionales deben tener un carácter previsiblemente definitivo, de forma que cuanto menos exista una previsión seria de irreversibilidad, es decir, que tales reducciones y su consecuente alteración de la salud no tengan posibilidad de curación o rehabilitación, según la ciencia médica.

Se puede considerar, por tanto, que la ley regula una presunción de irreversibilidad de la IP (SSTS 25-1-1989 y 30-1-1990). La propia norma confirma indirectamente esta presunción de dos formas. La primera de ellas atiende al principio de seguridad jurídica, estableciendo que no es obstáculo para la calificación de la IP «la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo». La segunda, considera la evolución de la patología y la falibilidad humana, abriendo en consecuencia la vía de la revisión de la inicial calificación, bien por mejoría o agravamiento de la patología, bien por error de diagnóstico (art. 200.2 TRLGSS).

## II. SITUACIONES PROTEGIDAS

Las reducciones anatómicas o funcionales no repercuten del mismo modo en la persona que las sufre, lo que exige una valoración necesariamente individualizada (SSTS 30-11-1988 y 27-9-1989). De ahí que el legislador haya establecido distintos grados o disminuciones del porcentaje de la capacidad de trabajo para el desarrollo de la profesión habitual, de acuerdo con la lista de enfermedades pendiente de determinación por vía reglamentaria. Los distintos grados de IP normativamente establecidos son (art. 194.1 TRLGSS):

- ✦ Incapacidad permanente parcial.
- ✦ Incapacidad permanente total.
- ✦ Incapacidad permanente absoluta.
- ✦ Gran invalidez.

Ahora bien, como quiera que, según se señaló, aún no se ha dado cumplimiento al desarrollo reglamentario de la lista de enfermedades y su valoración a fin de determinar la reducción de la capacidad de trabajo y los distintos grados de IP, la ley establece un régimen transitorio a estos efectos, introduciéndose una regulación provisional del artículo 194 TRLGSS hasta tanto no se produzca ese desarrollo, conforme dispone el apartado tercero de este precepto (Disp. Trans. vigésima sexta TRLGSS).

De esta regulación transitoria, conviene subrayar tres prescripciones.

Con arreglo a la primera, se establece una noción normativa de la profesión habitual, distinguiéndose a este propósito según se trate de accidente o de enfermedad (art. 194.2 TRLGSS). En caso de accidente, sea o no de trabajo, dicha profesión es «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». Si se trata de enfermedad, común o profesional, «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine». A este respecto, la regulación reglamentaria que viene aplicándose transitoriamente acota ese período durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la IT de la que derive la IP (art. 11 OM 15-4-1969). No obstante, y tal como ha señalado la doctrina, la fijación de dicho período es insuficiente porque no contempla los supuestos en que la IP deriva de una enfermedad profesional de lenta evolución y cuya aparición, por tanto, puede producirse en un momento alejado de la fecha de prestación de los servicios que la originaron (por ejemplo, silicosis o asbestosis) Cuando se produce esta circunstancia, la jurisprudencia ha entendido que la enfermedad profesional debe equipararse al accidente de trabajo y que, por tanto, de tomarse como referente temporal para



identificar la profesión habitual a efectos del grado de IP que corresponda la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional y no el período del año anterior a la declaración de IP en que haya ejercido dicha profesión (SSTS 20-12-1972 y 18-1-2007). En análogo sentido tuitivo, la LMSS previó la modificación de la normativa de la protección de los trabajadores afectados por las mismas actividades profesionales en los diferentes regímenes de la Seguridad Social tendiendo a la homogeneización del nivel de protección (Disp. Adic. 6.<sup>a</sup> LMSS).

En relación con la delimitación del concepto legal de profesión habitual y según se advirtió con anterioridad (supra I, 2,C), debe tenerse en cuenta, asimismo, que la jurisprudencia no lo delinea sobre la base «del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional», de forma que «A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la profesión». (SSTS y 10-10-2011 y 3-5-2012).

En virtud de la segunda prescripción transitoria se modifica la redacción del artículo 194 TRLGSS, enumerando y determinando los grados de IP hasta tanto no se efectúe el desarrollo reglamentario previsto a estos efectos por el apartado 3 de dicho precepto (Disp. Trans. vigésimo sexta, uno, TRLGSS), en la línea continuista que al respecto establecía la LGSS. La enumeración de dichos grados es la siguiente:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.

La tercera regla transitoria es consecuencia de esta precedente y se formula estableciendo una remisión provisional aclaratoria (Disp. Trans. vigésimo sexta, dos, TRLGSS). Así, hasta tanto no se produzca el citado desarrollo reglamentario, todas las referencias que en el TRLGSS y demás disposiciones se realicen a la IP parcial, a la IP total y a la IP absoluta, deben entenderse hechas, respectivamente, a las señaladas en las precedentes letras a), b) y c).

Una vez enumerados provisionalmente los grados de la IP, el artículo 194 TRLGSS, según su redacción mediante la Disp. Trans. vigésima sexta TRLGSS, procede a su determinación con ese mismo carácter interino, del modo en que se expone seguidamente.

## I. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL

La IP parcial para la profesión habitual es la que ocasiona 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 (art. 194.3 TRLGSS).

La jurisprudencia ha entendido a la hora de calificar una IP como parcial que no solo se ha de tener en cuenta la disminución del rendimiento, sino también el mayor esfuerzo físico que el trabajador ha de realizar para conseguir el mismo rendimiento (STSJ Madrid 14-2-2005, STSJ Cataluña 25-2-2003) o que el trabajo resulte más penoso o peligroso (STSJ Cataluña 14-1-2009) o que el trabajador tenga que invertir más tiempo que el que invertía anteriormente para la realización de su trabajo (STSJ Baleares 7-1-1993).

A título de ejemplo, se pueden considerar lesiones que pueden dar lugar a la calificación de IP parcial (art. 37 RAT), la pérdida funcional de un pie o de los elementos indispensables para la sustentación; la pérdida completa de la visión de un ojo, si subsiste la del otro; la pérdida de dedos o falanges indispensables para el trabajo que desempeñaba el trabajador y las hernias no operables.

## 2. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL

Se entiende por IP total para la profesión habitual aquella situación que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194.4 TRLGSS).

La jurisprudencia ha entendido que la otra profesión ha de ejercitarse con un mínimo de eficacia y con un rendimiento económico aprovechable, es decir, en unas condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia.

Para la calificación de la IP total hay que valorar dos elementos esenciales: las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece y los requerimientos psico-físicos de su profesión habitual (STSJ La Rioja 25-5-2000), por lo tanto los términos comparativos serán los de las secuelas y la profesión.

A título de ejemplo, el RAT consideraba como reducciones anatómicas o funcionales que pueden dar lugar a la calificación de IP total las siguientes: la pérdida de las partes esenciales de la extremidad superior derecha, considerándose como tales, la mano, los dedos de la mano en su totalidad, aunque subsista el pulgar, o la pérdida de todas las segundas o terceras falanges; la pérdida de la extremidad superior izquierda, en su totalidad o en su partes esenciales, tales como la mano y los dedos en su totalidad; la pérdida completa del pulgar de la mano que se utilice preferentemente para el trabajo; la pérdida de una de las extremidades inferiores en su totalidad, considerándose como tal la amputación por encima de la rodilla; la pérdida de la visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos del 50 por 100; la sordera absoluta y las hernias no operables, cuyas secuelas impidan al trabajador la realización de las tareas de su profesión habitual.

La declaración de la IP total da lugar a la extinción del contrato de trabajo, salvo que el convenio colectivo aplicable a la empresa regule el derecho del trabajador a ocupar un puesto de trabajo en la propia empresa compatible con su estado y cuando la entidad gestora en la propia resolución haga constar que dicha calificación puede ser objeto de revisión por mejoría, lo que permitiría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, quedando suspendido, en este supuesto, el contrato de trabajo durante un período máximo de dos años.

Por último, debe señalarse que dentro de la IP total existe una especialidad que, bajo la denominación de «cualificada» y sobre la base del artículo 139.2 LGSS, se reconoce cuando la edad del trabajador supera los 55 años, y se aprecia, ante sus condiciones personales, una falta de preparación general o especializada, y ante las circunstancias concurrentes sociales y laborales una presumible dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. La consecuencia inmediata de tal declaración es el complemento de la pensión en un 20 por 100 de la base reguladora. Se trata de una presunción legal fundada en las citadas condiciones personales del trabajador y en el contexto sociolaboral que le rodea (SSTS 13-10-1986 y 29-2-1988). Sin embargo, en la mayoría de los casos se concede con cierto automatismo cuando se cumple el requisito de los 55 años de edad y concurren los requisitos propios de la IP total, salvo que por parte de la entidad gestora se destruya la referida presunción (STSJ Madrid 5-12-2003).

## 3. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA PARA TODO TRABAJO

La IP absoluta para todo trabajo es aquella situación que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (art. 194.5 TRLGSS).

La IP absoluta implica la inexistencia de la capacidad mínima para asistir al trabajo, prestar atención, relacionarse, ejercitar actividad física, utilizar los medios de transportes públicos y privados, entender las instrucciones del empresario, comunicarse o efectuar mínimos esfuerzos físicos.

La declaración de IP absoluta lleva consigo la extinción del contrato de trabajo, salvo que la entidad gestora en la propia resolución haga constar que dicha calificación puede ser objeto de revisión por mejo-

ría, lo que permitiría la reincorporación al trabajador a su puesto de trabajo. En este supuesto el contrato de trabajo quedaría suspendido durante un período máximo de dos años (véase el Capítulo 13, I y II de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*).

#### 4. GRAN INVALIDEZ

Se entiende por gran invalidez la situación del trabajador afecto de IP y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 194.6 TRLGSS).

La lista de actos vitales es abierta, pero de interpretación restringida al fijarse mediante un criterio de analogía con los que se citan. Ahora bien, basta la imposibilidad de realizar por sí mismo uno de los actos citados para calificar la gran invalidez, sin que sea preciso que la ayuda sea permanente o continuada (SSTS 23-3-1988 y 19-2-1990).

La declaración de la gran invalidez se puede realizar de manera inicial como consecuencia de las reducciones anatómicas o funcionales del trabajador o se puede reconocer por agravación del grado antes establecido o por error de diagnóstico (STS 20-11-2002).

### III. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Por hecho causante debe entenderse el momento en que se produce la determinación objetiva de la IP (art. 13.2 OM 18-1-1996), pudiendo ser:

- La fecha en que se agotó la IT, en el caso de que la IP viniera precedida de una IT, o
- La fecha de la emisión del dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades, si la IP no viniera precedida de una IT.

Por lo tanto, el hecho causante no coincide con la aparición del agente nocivo o lesivo sino con la calificación de la IP o con la fecha del agotamiento de la IT (SSTS 20-4-1994, 12-6-1997 y 20-1-1999), aunque otra línea jurisprudencial, más humanizada, se aparte de la regla general y haya entendido que el momento del hecho causante debe coincidir con el momento en que las secuelas fueron objetivadas (SSTS 27-9-2001 y 26-12-2001), distinguiendo de esta manera entre el concepto material de hecho causante y el concepto formal referido a la emisión del dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades (STS 9-12-1999).

#### I. REQUISITOS GENÉRICOS

Los requisitos genéricos para ser beneficiario de la prestación de IP son (art. 195.1 TRLGSS):

##### *A) Declaración de la incapacidad en alguno de sus grados*

Corresponde al INSS, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos del reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas (art. 200.1 TRLGSS).

La declaración de incapacidad se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, Real Decreto 2.609/1982, de 24 de septiembre (parcialmente derogado) y OM de 18 de enero de 1996.

### *B) Afiliación, alta o situación asimilada al alta*

La jurisprudencia del TS ha entendido como momento para estar afiliado y en alta o en situación asimilada aquel en el que emerge la contingencia invalidante o el del inicio de la IT (SSTS 12-11-1992, 9-10-1995 y 26-1-1998), sin que sea necesario tal requisito en el momento del dictamen de la calificación (SSTS 9-10-1995 y 16-4-1999).

Como ya se sabe, el alta en la Seguridad Social puede ser real, asimilada o presunta y de pleno derecho. Esta última referida a la IP derivada de contingencias profesionales aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones instrumentales en materia de afiliación y alta.

Las situaciones asimiladas al alta son las siguientes (art. 20 OM 15-4-1969):

- La excedencia forzosa del trabajador por ocupar cargo público.
- El traslado del trabajador fuera del territorio nacional.
- El cese en la condición de trabajador por cuenta ajena con la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.
- El desempleo involuntario, total y subsidiado (STS 22-9-1997).
- El paro involuntario que subsista después de haber agotado las prestaciones de desempleo, en su modalidad contributiva o no contributiva, cualquiera que sea la edad del trabajador (SSTS 26-1-1998 y 16-11-1999).
- Los trabajadores mayores de 55 años, excluidos legalmente de la prestación de desempleo, a pesar de haber perdido su ocupación sin causa a ellos imputable, y que se hallen en situación de parto involuntario (Res. DGOSS 2-2-1971).
- Los trabajadores inactivos que trabajaron en puesto con riesgo de enfermedad profesional, a los solos efectos que pueda declararse una IP derivada de dicha contingencia
- Los beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo, sin inscripción en la oficina pública de empleo (STS 10-11-2003).

### *C) Requisitos en caso de falta de alta o situación asimilada al alta*

En el caso de no estar dado de alta o en situación asimilada al alta, es necesario que concurren dos requisitos: haber cotizado quince años a la Seguridad Social y que la IP haya sido calificada en sus grados de absoluta para todo trabajo o de gran invalidez (art. 195.4 TRLGSS).

Esta posibilidad de que las pensiones de IP en los grados de absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes puedan reconocerse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que hayan cotizado quince años, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social por la Ley 26/1985.

La interpretación correcta del precepto viene referida a aquellos supuestos en que la falta de alta no es imputable al empresario, sino a aquellos otros en que el trabajador, tras haber permanecido más o menos tiempo en alta o situación asimilada, ha causado baja por cualquier circunstancia, evitándole de esta manera el legislador la desprotección que le supondría no poder causar derecho a la prestación de IP pese a tener acreditados amplios períodos de cotización.

### *D) Excepciones a la regla general para los mayores de 65 años*

Los mayores de sesenta y cinco años solamente podrán tener derecho a la prestación de IP cuando la misma derive de contingencias profesionales o cuando, derivando de contingencias comunes, no puedan ser beneficiarios de la jubilación por falta de carencia.

Estos dos supuestos son la excepción a la regla general, en cuya virtud se establece que los mayores de 65 años no se considerarán sujetos protegidos a efectos de IP derivada de contingencias comunes, cuando reúnan los requisitos para poder acceder a la pensión de jubilación (art. 195.1, 2º TRLGSS).

No obstante, los jubilados anticipadamente que no hayan cumplido los 65 años tienen la posibilidad de acceder a las pensiones de IP (STS 23-3-2006).

## 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE COTIZACIÓN PREVIA

### a) Reglas generales

Los requisitos específicos de cotización previa son diferentes para cada una de las situaciones protegidas (art. 1195.1, 2 y 3 TRLGSS):

- Si la IP deriva de accidente, sea o no laboral, o de enfermedad profesional, no será exigible ningún período previo de cotización.
- Si la IP parcial deriva de contingencias comunes, el período mínimo de cotización será de 1.800 días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se haya extinguido la IT de la que derive la IP.
- Si la IP total, absoluta o gran invalidez derivan de enfermedad común, el período de cotización exigido está en función de la edad del trabajador:
  - Si tiene menos de 31 años de edad en el momento de acaecer la IP, deberá tener cotizado al menos la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió 16 años y la del hecho causante y además la quinta parte del período exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.
  - Si tiene más de 31 años de edad deberá acreditar cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y la del hecho causante, con un mínimo en todo caso de cinco años de cotización e igualmente, la quinta parte del período exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- En los casos de IP absoluta o gran invalidez en los que el trabajador no se encuentre en situación de alta o asimilada, se le exigirá un período mínimo de cotización de al menos quince años, de los cuales una quinta parte debe estar comprendida en los diez años anteriores al hecho causante.
  - La carencia específica —una quinta parte comprendida dentro de los diez años anteriores al hecho causante— ha sido interpretada tanto por el INSS como por la jurisprudencia de la manera más favorable para el trabajador para conseguir que pudieran acceder a la prestación desde una situación de no alta. Así, no se tendrán en cuenta aquellos períodos en los que no exista obligación de cotizar, retrotrayéndose el período de carencia (teoría del paréntesis).
  - A efectos de carencia genérica —quince años de cotización— computarán las cotizaciones a regímenes de Seguridad Social anteriores a 1-1-1967 (Res. INSS 17-1-1988 y STS 20-6-1994).
- En el supuesto de que los trabajadores accedan a una IP desde una situación de IT y no hayan agotado el período máximo de la misma, esos días que faltan para agotar la prestación se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de IP.
  - Para ello será necesario que exista una continuidad entre la IT y la IP (STS 13-11-2007).



- En todo caso, a estas cotizaciones no se aplicará la tesis de los días cuota, es decir, no se tienen en cuenta la parte de pagas extraordinarias que corresponderían por esos días que faltan para agotar la IT (SSTS 10-12-1992 y 20-7-2001).
- Al exclusivo objeto de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de IP, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que a los mencionados efectos de cómputo carencial, el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias (STS 28-1-2013), al contrario de lo que ocurre con la pensión de jubilación [art. 205.1, b) TRLGSS]. Sin embargo, estos días cuotas no se tienen en cuenta a efectos del cálculo de la base reguladora de IP o del porcentaje aplicable a ella por años de cotización.

#### b) Reglas especiales para los trabajadores contratados a tiempo parcial

Estas reglas son las mismas que las establecidas a estos efectos para la jubilación contributiva, con la salvedad de la lógica referencia a la situación de IP (Capítulo 11, II, 3, b).

#### c) Reglas especiales para otros supuestos

Deben darse asimismo por reproducidas las reglas previstas para la jubilación contributiva en relación el cómputo del período de cotización cuando se interrumpa la cotización por la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento permanente (Capítulo 11, II, 3, c).

### IV. CONTENIDO

Las prestaciones de IP son de dos tipos: prestaciones en especie, de carácter sanitario a cargo del SNS, dado que la alteración de la salud configura uno de los elementos que singularizan esta contingencia, y prestaciones en metálico, que tratan de compensar la reducción o pérdida del salario como consecuencia de la disminución o anulación de la capacidad laboral del trabajador y que consisten en una cantidad a tanto alzado o una pensión vitalicia, según el distinto grado de incapacidad.

En función de cada uno de los grados de la IP, la cuantía de la prestación económica y la forma de cálculo de su base reguladora, serán las siguientes:

#### I. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL

##### A) *Cuantía de la prestación*

La prestación económica correspondiente a la IP parcial consistirá en una cantidad a tanto alzado (art. 196.1 LGSS).

El TRLGSS ni fija ni remite a un posterior desarrollo reglamentario la determinación de la cantidad a tanto alzado correspondiente a esta prestación, por lo que en la actualidad dicha cantidad a tanto alzado consiste en una indemnización de veinticuatro mensualidades de la base reguladora, independientemente de la contingencia causante de la misma y de la edad del beneficiario (art. 9 D. 1.646/1972).

Esta prestación está plenamente sometida a tributación por IRPF y a su sistema de retención a cuenta [art. 17.2.a).1.ª LIRPF], y tiene la consideración de rendimiento del trabajo obtenido de forma irregular en el tiempo.

### B) Base reguladora

La base reguladora será la misma que la que haya servido para determinar la prestación por IT de la que se deriva dicha incapacidad, esto es, la base de cotización del mes anterior a la baja en el caso de que derive de contingencias comunes o su equivalente mensual si la cotización es diaria, o bien la del mes anterior más el promedio de las horas extraordinarias de los últimos doce meses si deriva de contingencias profesionales (art. 9 D. 1.646/1972).

## 2. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL

### A) Cuantía de la prestación

La prestación consiste en una pensión vitalicia que excepcionalmente podrá ser sustituida en una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años (art. 196.2,1º TRLGSS; arts. 5 y 6 OM 31-7-1972 y RD 1.764/2007).

La pensión vitalicia consiste en un 55 por 100 de la base reguladora. No obstante, este porcentaje se verá incrementado en un 20 por 100 en los casos de IP total cualificada, esto es, cuando se trate de trabajadores mayores de 55 años o con problemas para encontrar empleo por falta de preparación o por sus circunstancias laborales y sociales (arts. 196.2, 2º y 3º TRLGSS y 6 D. 1.646/1972). Asimismo, se incrementará el porcentaje en un 20 por 100 en aquellos casos en que se hubiera solicitado la IP absoluta y no hubiera sido reconocida (STS 13-11-2000). En todo caso, la pensión vitalicia no podrá ser inferior al 55 por 100 de la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente en cada momento en el RG con la finalidad de no perjudicar a los trabajadores con escasos períodos de cotización por su tardía afiliación. No obstante, al cumplir el trabajador los 65 años su pensión será como mínimo la pensión mínima fijada para la IP absoluta.

La indemnización a tanto alzado procede cuando el beneficiario sea menor de sesenta años y excepcionalmente opte por la misma en lugar de la pensión vitalicia siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- ♦ Que se presuma que las lesiones determinantes de la invalidez no son susceptibles de revisión de la incapacidad declarada.
- ♦ Que el beneficiario esté realizando trabajos por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social.
- ♦ Que el importe de la indemnización vaya a ser destinado para instalarse como trabajador por cuenta propia y acredite tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad de que se trate.

Esta indemnización está fijada según una escala, que va desde ochenta y cuatro mensualidades para los menores de 54 años a doce mensualidades para los que tengan cumplidos los 59 años, es decir, va disminuyendo en doce mensualidades por cada año que pase a partir de los 54 años de edad. Al cumplir los 60 años el beneficiario pasará a cobrar nuevamente la pensión que tenía reconocida, con las revalorizaciones oportunas (OM 31-7-1972).

### B) Base reguladora

La base reguladora varía según la causa de la que derive:

#### a) Base reguladora derivada de enfermedad común

La base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 112 la base de cotización del interesado durante los 96 meses (8 años) anteriores al mes previo al del hecho causante, por lo que esta base reguladora se aplicará solamente a los incapacitados de 52 años o más a la fecha del hecho causante. Se recuerda que

para los mayores de 31 años se les exige acreditar un período cotizado de un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplieron los 20 años y la del hecho causante, por lo que solo a partir de los 52 años —32 dividido entre 4— se exigirán los 8 años de cotización. Las bases de los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán por su valor nominal y las restantes se actualizarán con el IPC hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables (art. 197.1 TRLGSS).

A la cantidad resultante se le aplica un porcentaje en función de los años de cotización: desde el 50 por 100 con 15 años cotizados al 100 por 100 con 35 años cotizados, según tramos del 3 por 100 hasta los 25 años de cotización y tramos del 2 por 100 a partir de los 26 años de cotización, considerándose como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir los sesenta y cinco años. En el caso de no alcanzarse quince años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por 100 (arts. 197.1 y 210.1 TRLGSS). De esta manera la reforma emprendida en esta materia por la LMSS ha intentado aproximar la IP a la jubilación, con la salvedad que en la IP afecta a la base reguladora y en la jubilación a los porcentajes a aplicar en la misma.

La LAAMSS (art. 3.Uno), con entrada en vigor el 1-1-2013, modificó el artículo 140.1 LGSS, hoy artículo 197.1, b) TRLGSS, sustituyendo la expresión «para cumplir los sesenta y cinco años» por «para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento» adaptándose de esta manera al contenido de la misma que fija la edad de jubilación a los 65 o 67 años en función de los períodos cotizados.

En los supuestos en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, esto ocurre siempre con los incapacitados menores de 52 años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida en el número anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquel en que se produzca el hecho causante (art. 197.2 TRLGSS). De una manera matemática se puede decir que la base reguladora será el cociente que resulte de dividir las bases exigibles de cotización entre el número de bases por 1,1666. El multiplicador 1,1666 es el resultante de la división de catorce pagas (teniendo en cuenta las dos extraordinarias de cada año) entre doce mensualidades.

#### b) Base reguladora derivada de accidente no laboral

Cuando la incapacidad derive de un accidente no laboral, independientemente de que el trabajador esté de alta o en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, la base reguladora se calcula dividiendo por 28 la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses consecutivos elegidos por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión (arts. 15 OM 15-4-1969; art. 7 D. 1.646/1972; art. 4.4 RD 1.799/1985).

#### c) Base reguladora derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional

La base reguladora se calcula sobre los salarios reales percibidos el año anterior al hecho causante, incluidas las horas extras que no superen las ochenta anuales, por lo que será el cociente que resulte de dividir las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante entre catorce (Disp. Adic. 11.<sup>a</sup> RD 4/1998; art. 3 Disp. Adic. 2.<sup>a</sup> RD 1.763/2007).

### C) Integración de lagunas de cotización

Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima (art. art. 197.4 TRLGSS).

En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía (art. 197.4 TRLGSS).

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA PARA TODO TRABAJO

#### A) Cuantía de la prestación

La prestación consiste en una pensión vitalicia equivalente al 100 por 100 de la base reguladora (art. 196.3 TRLGSS; art. 17 OM 15-4-1969; art. 3 y anexos RD 1.764/2007). Esta prestación está exenta del IRPF y de su sistema de retenciones.

#### B) Base reguladora

La base reguladora varía según la causa de la que derive, conforme a lo señalado para la IP total, con la única excepción de la IP absoluta y gran invalidez derivada de accidente no laboral en que para el cálculo de la base reguladora se aplicarán las mismas reglas que para el cálculo de la enfermedad común (art. 197.3 TRLGSS).

### 4. GRAN INVALIDEZ

#### A) Cuantía de la prestación

La prestación consiste en una pensión de cuantía igual a la de IP absoluta, es decir, del 100 por 100 de la base reguladora, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende.

El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar:

- El 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y
- El 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de IP.

En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador (art. 196.4 TRLGSS). Esta nueva regulación no hace ninguna mención a la posibilidad de que el gran inválido pueda ingresar en una institución pública a cambio de renunciar al importe del incremento de la pensión, seguramente porque tal posibilidad está prevista en otra norma jurídica (art. 31 LAPAD).

Se recuerda que con anterioridad a 1-1-2008, fecha de entrada en vigor de la LMSS, el complemento de la pensión era del 50 por 100.

Este complemento no computa a efectos del límite máximo de las pensiones (STS 3-10-2007).

#### B) Base reguladora

La base reguladora de la gran invalidez se calcula de idéntica manera que la IP total, en función de la causa determinante de la misma, con la única excepción de la derivada de accidente no laboral en que para el cálculo de la base reguladora se aplicarán las mismas reglas que para el cálculo de la enfermedad común (art. 197.3 TRLGSS).

## V. DINÁMICA Y GESTIÓN

### I. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

#### A) *Nacimiento*

##### a) De las pensiones vitalicias

La prestación nace a partir del día declarado como de inicio de la IP por la resolución del Director Provincial del INSS que la reconoce (art. 6.3 RD 1.300/1995), sin perjuicio de que los efectos económicos se retrotraigan al momento en que se haya agotado la IT con informe propuesta de incapacidad (art. 131 bis LGSS). No obstante, cuando se haya agotado el período máximo de IT y se prorroguen sus efectos hasta el momento de la calificación permanente o haya habido un alta médica con propuesta de IP, se abonará al incapacitado la diferencia entre lo percibido por IT y la IP de ser la cuantía de ésta superior, en caso contrario, se consolida lo ya percibido por IT, pero sin que esto suponga que los efectos de la IP no se retrotraigan con todas sus consecuencias al momento del agotamiento de la IT o al momento del alta médica con propuesta de IP.

En el supuesto de que el procedimiento de declaración de la IP se hubiera iniciado a instancia del interesado y no provenga de una situación de IT, los efectos se iniciarán en la fecha en que se emita el informe propuesta de incapacidad (SSTS 20-12-1997, 9-10-2001 y 11-2-2002), salvo que se haya producido un retraso injustificado en la calificación de la incapacidad (SSTS 7-7-1992 y 21-10-2002) o el trabajador haya sido dado de alta de manera indebida.

##### b) De las indemnizaciones a tanto alzado

Las indemnizaciones a tanto alzado previstas para la IP parcial y para el supuesto de la IP total en la que excepcionalmente se sustituya la pensión vitalicia por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años, nacerán y se extinguirán mediante el pago de las mismas.

##### c) Beneficiarios que no estén en situación de alta o asimilada

En los supuestos en que el beneficiario no se encuentre en alta o en situación asimilada al alta y se trate de IP absoluta o gran invalidez, los efectos económicos de la pensión se producirán desde el momento de la solicitud (art. 3 RD 1.799/1985).

#### B) *Duración*

Las pensiones de IP tienen carácter vitalicio, salvo la parcial (art. 196, 1, 2, 3 y 4 TRLGSS). No obstante, las pensiones de IP, cuando sus beneficiarios cumplan la edad ordinaria de jubilación, pasarán a denominarse pensiones de jubilación, aunque la nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo (art. 200.4 TRLGSS).

A pesar de su carácter vitalicio, pueden existir una serie de comportamientos del beneficiario que den lugar a la anulación o la suspensión de las prestaciones de IP (art. 23 OM 15-4-1969):

- Actuación fraudulenta para obtener o conservar el derecho.
- Cuando la declaración de IP sea debida o se haya agravado a consecuencia de la imprudencia temeraria del beneficiario.
- Cuando la declaración de IP sea debida o se haya agravado a consecuencia del rechazo o abandono voluntario de los tratamientos sanitarios prescritos, sin causa razonable, durante la situación de IT.



- Cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

Asimismo, el cobro de la pensión puede suspenderse por sanción administrativa en el caso de que el beneficiario trabaje, por cuenta propia o ajena, si la actividad es incompatible legal o reglamentariamente con la pensión, y al margen del reintegro de lo indebidamente percibido por la misma durante el período incompatible (art. 47.1, d) en relación con el art. 25.1 LISOS).

### C) Extinción

La única causa prevista de extinción de la pensión vitalicia de IP es la revisión de la incapacidad (art. 22.1 y 3 OM 15-4-1969), que se estudiará en el epígrafe siguiente. Sin embargo, también deben considerarse como causas de extinción de la prestación el reconocimiento de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva (art. 198.3 TRLGSS), la sanción al beneficiario al incurrir en falta grave por realizar trabajos incompatible con la incapacidad reconocida y el fallecimiento del beneficiario.

## 2. GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN

El INSS es la entidad gestora competente, a través de sus correspondientes órganos y en todas las fases del procedimiento, para declarar la IP en sus distintos grados a efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas establecidas, revisar el grado de incapacidad y declarar la responsabilidad de las MCSS o de las empresas respecto de dichas prestaciones (art. 200 TRLGSS).

### A) Procedimiento de calificación de la incapacidad permanente

La actual regulación del procedimiento de calificación de la IP está contenida en los artículos 4 a 6 RD 1.300/1995, de 27 de julio, desarrollado por la OM 18-1-1996, los cuales a su vez son desarrollo de la Ley 42/1994 en materia de incapacidades laborales.

#### a) Iniciación del procedimiento

El procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por incapacidad permanente y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, se podrá iniciar:

- Por la propia iniciativa de la Entidad Gestora, de oficio, o como consecuencia de petición razonada de la ITSS o del Servicio de Salud competente.
- Por el propio trabajador o su representante legal.
- Por la MCSS o por las empresas colaboradoras en aquellos asuntos que les afecten directamente.

El procedimiento será impulsado de oficio y se adecuará a las normas generales del procedimiento común y a las disposiciones reglamentarias citadas.

#### b) Instrucción del procedimiento

La instrucción de los procedimientos para la evaluación de la incapacidad requerirá los siguientes actos e informes preceptivos:

- Aportación del alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, remitido por el Servicio de Salud, en su caso, por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora, cuando se trate de afiliados que tengan cubierta la incapacidad temporal

por dichas entidades o, en su defecto, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio de Salud. No obstante, cuando las características clínicas del trabajador lo aconsejen, o resulte imposible la aportación de los documentos referidos, el INSS podrá solicitar la emisión de otros informes y la práctica de pruebas y exploraciones complementarias, previo acuerdo con los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social u otros centros sanitarios.

- ✦ Formulación del dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, y de un informe de antecedentes profesionales, elaborados y emitidos en los términos previstos en la OM de 18 de enero de 1996. Actuará como ponente del dictamen-propuesta el facultativo médico dependiente del INSS o de la entidad con la que el INSS hubiera suscrito el correspondiente convenio, el cual aportará el informe médico consolidado en forma de síntesis. Emitido el dictamen-propuesta se concederá audiencia a los interesados para que formulen alegaciones y presenten los documentos que estimen conveniente.
- ✦ Informe de cotización, elaborado por la Entidad Gestora, que tendrá por objeto acreditar los períodos de cotización del causante a la Seguridad Social, las bases de cálculo de las prestaciones y, en su caso, los períodos en descubierto en que pudiera estar incurso el trabajador.
- ✦ Informe de la ITSS sobre los hechos y circunstancias concurrentes, sobre la disposición infringida, y sobre las causas de las enumeradas en el artículo 164.1 TRLGSS, que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente.

#### c) Resolución del procedimiento

El Director Provincial del INSS deberá dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados, sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados por lo que podrá reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones.

El plazo máximo para resolver el procedimiento será de 135 días. No obstante, cuando la resolución no se dicte en el plazo indicado, la solicitud se entenderá denegada por silencio administrativo, en cuyo caso el interesado podrá presentar reclamación previa a la vía judicial ante el orden social de la jurisdicción.

La resolución, ya sea inicial o de revisión por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de IP, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado de incapacidad, siempre que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

#### d) Reclamación frente a la resolución

Las resoluciones administrativas son inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de que sean recurribles ante la jurisdicción social, una vez agotada la vía administrativa previa (art. 140.1 LJS). Cuando en la reclamación previa se discrepe de la resolución en aspectos que sean competencia del equipo de valoración de incapacidades, con independencia de las actuaciones procedentes para comprobar las alegaciones del reclamante, el escrito de reclamación se pasará a conocimiento e informe del referido equipo (art. 20 OM 18-1-1996).

En el supuesto de que en la demanda no se acredite tal extremo, el secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Una vez realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En caso de no haber sido subsanada, el secretario dará cuenta al juez o Tribunal para que resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 140.2 LJS).

Están legitimados para impugnar la resolución de calificación de la incapacidad permanente de las entidades gestoras: los beneficiarios; las MCSS y los empresarios responsables de las prestaciones. En el caso de que no se dicte resolución dentro de plazo, se entenderá desestimada por silencio administrativo por lo que igualmente los beneficiarios podrán interponer la correspondiente demanda. Por beneficiarios hay que entender no solamente al trabajador interesado en la obtención del reconocimiento de la incapacidad, sino también a su cónyuge supérstite, hijos y parientes, los cuales pueden impugnar las resoluciones administrativas que afecten al causante en su condición de herederos (SSTS 23-10-2008 y 6-7-1992). Los empresarios solamente están legitimados para impugnar las resoluciones administrativas que le declare responsable de las prestaciones, pero carecen de legitimación para pretender el reconocimiento de una incapacidad absoluta a favor de un trabajador (SSTS 14-10-1992 y 20-10-1992).

Además de actuar como demandados (art. 140.1 LJS) las entidades gestoras y la TGSS podrán personarse y ser tenidas por parte, con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder, en los pleitos en materia de prestaciones de seguridad social en los que tengan interés, por razón del ejercicio de sus competencias, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones (art. 141.1 LJS). El órgano jurisdiccional podrá solicitar de dichas entidades y organismos los antecedentes de que disponga en relación con los hechos objeto del procedimiento (art. 141.2 LJS).

En el momento de admitirse a trámite la demanda se reclamará a la entidad gestora o servicio común la remisión del expediente original o copia del mismo o de las actuaciones y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda, en plazo de diez días. Si se remitiera el expediente original, el secretario judicial lo devolverá a la entidad de procedencia, firme que sea la sentencia, dejando en los autos nota de ello (art. 143.1 LJS). La falta de remisión del expediente se notificará por el secretario judicial al director de la entidad gestora o del servicio común, a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario (art. 145 LJS).

El juicio se celebrará en el día señalado, aunque la entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o su copia, salvo que justificara suficientemente la omisión (art. 144.1 LJS). Si al demandante le conviniera la aportación del expediente, podrá solicitar la suspensión del juicio, para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días (art. 144.2 LJS). Si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrán tenerse por probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél (art. 144.3 LJS).

La valoración de la incapacidad del interesado se entiende referida al momento del juicio oral (STSJ Madrid 4-5-2005), en el que las partes tienen oportunidad de exponer sus alegaciones y en el que el juez puede valorar el estado del interesado en base a los informes periciales y a las pruebas documentales interpretadas conforme a la sana crítica (STS 23-2-1990), razón por la cual deben admitirse y no considerarse como hechos nuevos ajenos al proceso, las dolencias nuevas que sean agravación de otras anteriores, las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto posteriormente y las lesiones que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos. No obstante, no se consideran admisibles las alegaciones efectuadas en el acto del juicio de dolencias inexistentes en el momento de la tramitación del expediente administrativo ni en el momento de la presentación de la demanda (SSTS 25-6-1998 y 2-2-2005).

Contra la sentencia del órgano de instancia cabe recurso de suplicación, aunque el recurso no afecte al reconocimiento de la incapacidad sino a una discrepancia sobre la base reguladora (STS 18-5-2005). Por el contrario, no procede el recurso de casación por unificación de doctrina por carecer de interés casacional la valoración de las lesiones (STS 23-6-2005), aunque si cabe cuando lo que se valora es el pase a una segunda actividad que por sí mismo es constitutivo de una incapacidad permanente (STS 25-3-2009).

## B) Revisión de la calificación de la incapacidad permanente

### a) Legitimación

Están legitimados para la revisión del grado de incapacidad reconocido, además de las personas y entidades referidas anteriormente como legitimadas para iniciar el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones, los empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas.

### b) Supuestos de revisión de la calificación

La revisión de la incapacidad permanente se puede efectuar (art. 200.3 TRLGSS, arts. 4 a 6 RD 1.300/1995):

- Cuando así lo determine la resolución administrativa y haya transcurrido el plazo señalado en la resolución inicial o en la de la revisión anterior.
- Si el pensionista de IP estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, el INSS podrá, de oficio o a instancia del interesado, promover la revisión con independencia de que haya transcurrido o no el plazo señalado en la resolución.
- Si existe error en el diagnóstico, la revisión se podrá efectuar en cualquier momento en tanto el interesado no haya cumplido la edad mínima de jubilación.

### c) Instrucción y resolución

En la instrucción del procedimiento de revisión se siguen los mismos trámites que para el reconocimiento de la incapacidad, previo período de prueba de quince días para presentar las alegaciones que estimen pertinentes quienes han instado la revisión.

La resolución se dictará por el Director Provincial del INSS en el plazo máximo de 135 días, salvo cuando se trate de trabajadores del RETM cuya resolución la dictará el Director Provincial del ISM. Si en la resolución se mantiene el derecho a las prestaciones de IP, en cualquiera de sus grados, se hará constar expresamente el plazo a partir del cual se volverá a revisar la incapacidad por agravamiento o mejoría. No obstante, excepcionalmente se podrá efectuar la revisión de la incapacidad sin necesidad de esperar al plazo previsto para la misma, cuando el INSS conozca que el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo un trabajo por cuenta ajena o propia o exista un error en el diagnóstico, salvo que el trabajador haya llegado a la edad ordinaria de jubilación.

### d) Consecuencias de la revisión

Las consecuencias de la revisión varían en función de los resultados de la misma (arts. 200.3 TRLGSS y 40 OM 15-4-1969):

- Si se reconoce incapacidad distinta con derecho a distinta pensión, la nueva pensión se cobra desde el día siguiente a la fecha de la resolución definitiva.
- Si se reconoce el derecho a cantidad a tanto alzado y se tenía reconocido derecho a pensión, se deja de percibir la pensión desde la fecha de la resolución definitiva y se recibe la cantidad que exceda de lo percibido.
- Si se reconoce el derecho a cantidad a tanto alzado de cuantía diferente a la que tenía reconocida, se cobre el exceso y si hay defecto no hay que devolverlo.
- Si no se reconoce ninguna incapacidad, deja de cobrarse la pensión desde el día siguiente al de la resolución definitiva.
- Si no se reconocen grados de incapacidad y se tenía reconocido derecho a cantidad a tanto alzado, no se tiene que devolver cantidad alguna.

#### e) Efectos de la revisión

Los efectos de la revisión se producen:

- Desde el día siguiente a la resolución que pone fin a la vía administrativa, dejando sin efecto la declaración de la incapacidad anterior.
- En caso de enfermedad profesional la fecha de efectos es el día primero del mes siguiente a aquel que se haya solicitado la revisión.
- Cuando la revisión es denegada en vía administrativa y aprobada mediante sentencia, los efectos de dicha revisión se aplican desde el día siguiente a la fecha de la resolución administrativa (STS 8-4-2009).

## VI. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Las prestaciones de IP pueden ser compatibles o no con el trabajo del inválido, con la percepción de otras pensiones o subsidios y con la edad de jubilación. La compatibilidad o su contraria dependen del grado en que se reconozca la incapacidad, salvo que la causa que la origine sea la enfermedad profesional y siempre que exista la pertinente autorización de la entidad gestora (art. 43. OM 15-4-1969).

### I. CON EL TRABAJO

Nuestra legislación establece un régimen general de compatibilidad entre el percibo de la pensión de IP y la realización de un trabajo remunerado. No obstante, existen una serie de excepciones a la regla general relacionadas con las prestaciones respectivas.

La prestación económica por IP parcial es compatible con el trabajo remunerado, dado que el contrato de trabajo no se extingue por el reconocimiento de dicho grado de incapacidad, sino que únicamente se suspende.

La pensión de IP total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las nuevas funciones que realice no coincidan con aquellas que dieron lugar a la IP total (art. 198.1 TRLGSS).

En la pensión de IP total cualificada, el percibo del incremento del 20 por 100 es incompatible con la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social (art. 6.4 D. 1.646/1972), ya que este incremento del 20 por 100 tiene como finalidad compensar la especial dificultad que tiene el incapacitado para encontrar empleo.

Las pensiones vitalicias de IP absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 198.2 TRLGSS). Existe obligación de dar de alta al incapacitado, y éste a su vez debe comunicar su actividad laboral a la entidad gestora (art. 2 RD 1.071/1984, de 23 de mayo). Sin embargo, la LAAMSS introdujo como novedad la excepción a la regla general de la compatibilidad al añadir un nuevo apartado, el 3.º, al artículo 141 LGSS (art. 3.Tres LAAMSS), en la actualidad incorporado al vigente artículo 198.3 TRLGSS, de tal forma que se considera incompatible la pensión de IP absoluta y gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, siempre que dicho trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena, determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Esta medida, cuya entrada en vigor se estableció para el 1-1-2014 (Disp. Final 12.ª LAAMSS), ciertamente pretende compaginar la reinserción de los beneficiarios en el



mundo laboral hasta que alcancen la edad ordinaria de jubilación, sin embargo, a partir de ese momento la compatibilidad de la pensión y el trabajo ya no tiene sentido, razón por la cual la LAAMSS no lo permite.

## 2. CON LA PERCEPCIÓN DE OTRAS PENSIONES O SUBSIDIOS

Con carácter general las pensiones de la Seguridad Social son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, salvo que reglamentariamente se disponga lo contrario. Por lo tanto, tanto las pensiones de IP como la indemnización sustitutiva de la IP total no son la excepción y resultan incompatibles con otras pensiones o subsidios del mismo régimen.

De manera concreta, la pensión de IP total derivada de accidente no laboral será incompatible con la percepción de otra pensión derivada de enfermedad común, debiendo optar el pensionista por una u otra. Por otra parte, el trabajador que como consecuencia de la declaración de IP total pierda su trabajo podrá optar entre la prestación de desempleo hasta su agotamiento o empezar a percibir la pensión de incapacidad (art. 16.2 RD 625/1985).

No obstante, existen ciertas excepciones a la regla general de incompatibilidad:

- La pensión de IP es compatible con las pensiones de viudedad y orfandad (arts. 223.1 y 225.1 TRLGSS), con las limitaciones establecidas para los mayores de 18 años (RD 4/1998).
- La IP parcial es compatible con cualquier otra pensión o subsidio, dado que no se trata de una pensión, sino de un subsidio.

## 3. CON LA EDAD DE JUBILACIÓN

En el caso de coincidencia de las pensiones de jubilación e IP se prevén diversos supuestos atendiendo a la edad del beneficiario en la fecha del hecho causante:

- Cuando el beneficiario tenga 65 o más años y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, no cabe el reconocimiento del derecho a las prestaciones de IP derivada de contingencias comunes, debiendo percibir obligatoriamente la pensión de jubilación (art. 200.4 TRLGSS). Por tanto, sí cabe el acceso a la pensión de IP permanente derivada de contingencias profesionales, cuando sea pensionista de jubilación, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgos de EP, manteniéndose así «el trato privilegiado que a las contingencias profesionales otorga el legislador» (STS 5-11-2009). En este último caso, el beneficiario puede optar por la pensión que más le convenga.
- Con menos de 65 años y con derecho a pensión de jubilación anticipada, se puede acceder a las pensiones de IP (STS 22-3-2006).
- Con 65 o más años sin posibilidad de acceder a la pensión de jubilación, se puede reconocer el derecho a las prestaciones de IP derivadas de contingencias comunes, cuando, a pesar de tener cumplida la edad ordinaria de jubilación, el beneficiario no pueda acceder a la pensión de jubilación.

# VII. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

## I. CONCEPTO

Con el nombre de lesiones permanentes no invalidantes se designan aquellas lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por AT o EP, que, sin llegar a constituir una IP, por no repercutir en la capacidad laboral del trabajador, suponen una disminución o alteración de su integridad física y aparecen recogidas en el baremo correspondiente.

## 2. PRESTACIÓN

La prestación que conlleva estas lesiones permanente consiste en una indemnización a tanto alzado pagadera por la entidad obligada al pago de la prestación de IP, según la cuantía establecida en el correspondiente baremo. Este baremo tiene en cuenta la pérdida o disminución funcional de cada parte del cuerpo y con arreglo a estos factores se fijan unas indemnizaciones que actualmente están establecidas en la OM 28-1-2013.

Para aplicar el baremo se vienen utilizando los siguientes criterios:

- Las lesiones de mayor entidad absorben, a efectos de protección, a las menores.
- El baremo debe considerarse *numerus clausus* en cuanto a las indemnizaciones que establece por lo que no procede ampliarlo en vía interpretativa (STS 19-10-1998).
- El baremo establece una conexión entre mermas e indemnización, que no deja margen a la discrecionalidad al estar tasado.
- Si como consecuencia de la lesión un miembro del cuerpo sufre un doble menoscabo, el beneficiario deberá ser indemnizado con el importe respectivo a cada limitación (STS 22-3-2004).

La LAAMSS introdujo en el texto de la LGSS la Disposición Adicional 56.<sup>a</sup>, en virtud de la cual el MTIN, actualmente MEYSS, debía actualizar los importes, según baremo, de las lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de contingencias profesionales, reconocidas por la Seguridad Social (art. 3.Cuatro LAAMSS), dado que el baremo anterior databa de 2005 (OM 18-4-2005). Este mandato de la LAAMSS fue cumplido con la publicación de la OM de 28 de enero de 2013 por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

## 3. BENEFICIARIOS

Para ser beneficiario de estas prestaciones es necesario que los trabajadores estén afiliados, en alta o en situación asimilada al alta, y que hayan sido dados de alta médica (art. 202 TRLGSS).

## 4. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

Las indemnizaciones a tanto alzado que procedan por estas lesiones, mutilaciones y deformidades son incompatibles con las prestaciones de IP, salvo que las mismas sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal incapacidad permanente y el grado de la misma (art. 203 TRLGSS). Por el contrario, el percibo de la indemnización es compatible con la continuidad del trabajador en la prestación de sus servicios laborales, ya que su capacidad laboral no se ha visto menoscabada.

## 5. GESTIÓN

El INSS es la entidad gestora a la que corresponde determinar la existencia de tales lesiones [arts. 1.1.b) RD 1.300/1995 y 10 OM 18-1-1996] y su tramitación seguirá el mismo procedimiento administrativo que el previsto para la declaración de IP.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ PATALLO, J. A.: *El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente*, Granada, 2005.
- ARADILLA MARQUÉS, M. J.: «La función positiva de la cosa juzgada: determinación de la contingencia de una incapacidad permanente mediando proceso previo sobre incapacidad temporal», *AS*, n.º 7/2008.
- ARASTEY SAHÚN, M. L.: «Los efectos del cambio de la doctrina jurisprudencial: Base reguladora de prestaciones de incapacidad permanente», *TRS*, n.º 198/2007.
- ARASTEY SAHÚN, M. L., y otros: *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Pamplona, 2008.
- BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Pamplona, 2012.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La Suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría», *AS*, n.ºs 7/2009 y 8/2009.
- BERROCAL JAIME, A.: *El proceso sobre incapacidad permanente*, Barcelona, 2009.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Prestaciones por incapacidad*, Valencia, 2010.
- CARPIO GONZÁLEZ, M.: *Manual de la incapacidad permanente: criterios para la valoración médica en España*, Córdoba, 2007.
- DEL VALLE DE JOZ, J. I.: «Concurrencia de prestación por desempleo con dos pensiones de incapacidad permanente total para la profesión habitual incompatibles», *AS*, n.º 13/2010.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Incapacidad permanente y trabajo», *Diario La Ley*, n.º 7.121/2009.
- GARCÍA ROMERO, B.: «Revisión de grado de incapacidad permanente total en caso de sustitución de la pensión por una indemnización a tanto alzado», *AS*, n.º 18/2011.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La Incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Albacete, 2008.
- HIERRO HIERRO, J.: «Incapacidad permanente total, profesión habitual y contingencia causante: el caso del jugador de baloncesto ocupado en labores de conductor de autobús», *RJD*, n.º 26/2009.
- JIMÉNEZ ASENJO, E.: «La reforma de las pensiones de Seguridad Social en materia de Incapacidad Permanente, Jubilación y Muerte y Supervivencia por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *Poder Judicial*, n.º 87/2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J., y ROMERO RÓDENAS, J. M.: *La incapacidad permanente*, Albacete, 2011.
- LLUCH CORELL, F. J.: «El tratamiento de la profesión habitual en la doctrina judicial en los procesos de incapacidad permanente», *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1/2010.
- MARTÍNEZ SEPTIEN, J. F.: «El futuro de las pensiones de incapacidad permanente», *IL*, n.º 2/2007.
- MORENO PUEYO, M. J.: «La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social», *AS*, n.º 21/2008.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A. B.: «Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y desarrollo de un trabajo remunerado», *AS*, n.º 17/2005.
- OLARTE ENCABO, S.: «Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial», *AS*, n.º 4/2012.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales», *RJD*, n.º 19/2007.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS: (especial referencia a la Ley 40/2007)*, Valencia, 2008.
- PÉREZ ALONSO, M. A., y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente o jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social (especial referencia a la Ley 40/2007)*, Valencia, 2008.

- PÉREZ NORIEGA, C.: «Problemas actuales de la incapacidad permanente», *Iuris-Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º 116/2007.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «Recaída tras agotamiento de incapacidad temporal y previa declaración de incapacidad permanente revisada: Inaplicación plazo de seis meses», *AS*, n.º 16/2010.
- PULIDO QUECEDO, M.: «Intimidad e incapacidad permanente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 778/2009.
- RABANAL CARBAJO, P.: «El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente», *RMTIN*, n.º 69/2007.
- ROMÁN VACA, E.: «El hecho causante en las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social y en las mejoras voluntarias de la acción protectora: dos regímenes diferentes», *AS*, n.º 3/2009.
- ROMERO CORONADO, J.: «La integración de lagunas de los períodos en los que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial», *AS*, n.º 5/2010.
- RON LATAS, R. P.: «¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?», *AS*, n.º 12/2006.
- RIVAS VALLEJO, P.: ««La profesión habitual» a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo», *AS*, n.º 5/2007.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad permanente», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 4/2006.
- «La incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social (Lección para un Manual)», *AS*, n.º 9/2005.
- «Sobre las pensiones y su reforma», *AJA*, n.º 815/2011.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; CASTRO ARGÜELLES, M. A., y otros: «Actualización del Sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora (1.º)», *AS*, n.º 10/2012.
- TARANCÓN PÉREZ, E., y ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social tras las reformas de 2007*, Albacete, 2004.
- TORRENTE GARI, S.: *El Trastorno mental como enfermedad común en la protección de la incapacidad permanente*, Albacete, 2007.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011», *REDT*, n.º 153/2012.
- TRILLO GARCÍA, A. R.: «Incompatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo para la profesión de futbolista y la pensión de incapacidad permanente total para la profesión de especialista derivada de enfermedad común», *RJD*, n.º 26/2009.
- TUSET DEL PINO, P.: «La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez», *AS*, n.º 5/2006.
- VALDÉS ALONSO, A.: «Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total», *RL*, n.º 4/2008.
- VALDUEZO BLANCO, M. D.: «El tratamiento fiscal de las prestaciones e indemnizaciones por incapacidad permanente causadas por un accidente de trabajo», *AS*, n.º 9/2012.
- «El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)», *AS*, n.º 17/2011.





## CAPÍTULO 11.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (IV): JUBILACIÓN

La jubilación es la pensión por antonomasia del Sistema de la Seguridad Social: es la que alcanza a mayor número de beneficiarios y a la que se destina la más cuantiosa partida de gasto de las pensiones públicas. De aquí que la jubilación esté situada en el eje del recurrente debate institucional y social sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones públicas. En este debate influyen una serie de factores de tipo económico, demográfico y estructural.

El factor económico es consecuencia del desajuste financiero de la Seguridad Social, con una reducción de ingresos en las cuotas y un incremento significativo de los gastos en protección social, agudizados a raíz de la grave crisis que sufre la economía occidental desde 2008 y que afecta con especial virulencia a España. La causa última de aquel desajuste debe buscarse en la elevada tasa de desempleo que suele registrar nuestro país y que, como es evidente, se acentúa en las fases recesivas del ciclo económico.

El factor demográfico responde a dos causas esenciales. De un lado, al aumento de la esperanza de vida que, a su vez, es consecuencia del descenso de la mortalidad. Así, con datos del INE, las personas mayores de 65 años residentes en España en 2013 representaban el 18 por 100 del total de residentes, en tanto que en 2003 ese porcentaje sólo alcanzaba el 16,8 por 100, por lo que la esperanza de vida en nuestro país alcanza en 2013 los 82,8 años (80 años para los hombres y 85,6 para las mujeres). La segunda causa de índole demográfica, concurrente con la anterior, se identifica con el descenso del índice de natalidad, de modo que en 2013 el número de nacimientos en España fue un 6,4 por 100 inferior al habido en 2012 y un 18,1 por 100 menor al de 2008 (INE).

El factor estructural obedece a los principios de reparto y de solidaridad que rigen en nuestro sistema de pensiones, de tal manera que cada generación contribuye al pago de las pensiones de la generación anterior, por lo que el descenso del número trabajadores activos cotizantes (fruto también, en gran medida, de la elevación de la tasa de desempleo) dificulta la sostenibilidad del sistema desde el prisma de su dimensión contributiva.

Bajo el auspicio de estos factores se aprobó la LAAMSS, en la que, básicamente, se demora la salida del mercado de trabajo alargando la edad ordinaria de jubilación y se incrementa el período mínimo de cotización exigido) para acceder al derecho al 100 por 100 de la prestación (15 años sin tener en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias), al tiempo que se computan veinticinco años en lugar de quince años cotizados para el cálculo de la base reguladora de la pensión, lo que, en los numerosos

supuestos de trabajo temporal y fluctuante, reduce la cuantía de la pensión reforzando su faceta contributiva y beneficia objetivamente a las entidades gestoras de los fondos privados de pensiones en detrimento del obligado y prioritario carácter público de las prestaciones sociales, plasmado en el artículo 41 CE. Cuestión distinta que, en términos generales, merece una valoración positiva, es el favorecimiento de la continuidad voluntaria de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y la promoción de su envejecimiento activo, a la que el RDL-CONVILA destina diversas medidas.

La dinámica social muestra que las medidas normativas dirigidas a endurecer el derecho a la pensión (alargamiento de la edad ordinaria de jubilación, incremento del período mínimo de cotización y ampliación del período de cálculo de la base reguladora de la pensión) provocan el rechazo de los trabajadores en activo y de amplios sectores de la sociedad, a pesar de que desde algunos ámbitos institucionales se argumente con frecuencia que el margen de maniobra de que se dispone en esta materia es mínimo, señalándose al respecto que o bien se actúa sobre los ingresos, lo que no parece factible en situaciones de elevadas tasas de desempleo, o bien sobre los costes de las pensiones, opción también limitada si se considera que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, creado con loable finalidad garantista en tiempo de bonanza económica y con origen en la Recomendación segunda del PACTOL, aunque contribuya a paliar el déficit de cotizaciones, no es suficiente para garantizar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, entre otras razones porque los excedentes de ingresos de los que se nutre dicho Fondo se destinan prioritariamente al mismo «siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de la Seguridad Social lo permitan» (art. 1 Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo).

En todo caso, sería necesaria la adopción de medidas legislativas de tipo estructural que, sin fines electoralistas y teniendo presente el mandato constitucional de adecuación y suficiencia de las pensiones (art. 50 CE), garantizaran la viabilidad inmediata y futura del sistema. La LAAMSS, consecuencia del acuerdo alcanzado por el Gobierno con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, parece querer situarse en la línea de velar por la protección social a corto plazo, al tiempo que pretende garantizar la más amplia cobertura protectora posible ante los riesgos sociales en una situación de aguda crisis económica, dentro de un Sistema de Seguridad Social público financieramente estable y sólido que permita a las generaciones futuras disfrutar de prestaciones sociales suficientes. No obstante, la pretensión resulta insuficiente e inequitativa, porque la norma se sitúa en el marco de un modelo básicamente contributivo interno al Sistema de la Seguridad Social, haciendo recaer esencialmente sobre los trabajadores el coste del mantenimiento del mismo (prolongación de la edad de jubilación, ampliación del período de cotización exigido y falta de acomodación de la cuantía de la pensión al índice del coste de la vida), sin tomar en consideración que una de las principales medidas de tipo estructural —cuya introducción en nuestro ordenamiento sólo suele plantearse tímida y esporádicamente— es la relacionada con la financiación de la protección social mediante el sistema impositivo general, puesta en práctica hace tiempo en otros países con distinto alcance y que se configura como un mecanismo idóneo para evitar los problemas provocados por unas cotizaciones insuficientes como consecuencia de las desorbitadas tasas de desempleo y del impacto del factor demográfico en la sostenibilidad futura de las pensiones públicas de jubilación contributiva. Con todo, la eficacia de esa medida exigiría, asimismo, un replanteamiento del sistema fiscal que introdujera un mayor componente de progresividad en la carga impositiva, como reflejo de la solidaridad real y efectiva que habría de regir entre los distintos niveles de renta que configuran la estructura social.

## I. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

### I. CONCEPTO

Desde un punto de vista legal se puede definir la jubilación, en su modalidad contributiva, como la contingencia que genera como el derecho del trabajador beneficiario al percibo de una pensión vitalicia cuando cesa en el trabajo por haber alcanzado una determinada edad y acredita un determinado período de cotización (art. 204 TRLGSS).

Esta pensión vitalicia, que será reconocida en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinan (arts. 204 TRLGSS y 1.1 OM 18-1-1967), tiene como finalidad compensar la pérdida de ingresos profesionales cuando el beneficiario cesa en su vida laboral activa. Se trata, por tanto, de una prestación que afronta una situación de necesidad, real o presunta, del beneficiario.

### 2. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Del concepto legal de jubilación contributiva se desprenden sus elementos característicos, unos específicos de la pensión de jubilación y otros, compartidos con el resto de pensiones.

#### A) Elementos específicos de la jubilación

Los elementos específicos de la jubilación son tres: volitivo, temporal y cuantitativo.

##### a) Elemento volitivo: el cese en el trabajo

Se concreta en el cese total o parcial en el trabajo con la consiguiente pérdida o reducción de retribuciones. El cese en el trabajo al cumplir la edad pensionable depende estrictamente de la voluntad del trabajador, de forma que el cese que empresario imponga en razón del cumplimiento de esa edad se califica por la jurisprudencia como despido improcede (capítulo 14, I, 2, A) del *Sistema de Derecho del Trabajo*). Como se verá después, el cese en el trabajo puede ser total o parcial, modalidades que también pueden existir en la pensión no contributiva de jubilación (capítulo 15, II, 1), que, entre otros rasgos, se diferencia de la jubilación contributiva por su carácter subsidiario respecto de ésta.

##### b) Elemento temporal: el cumplimiento de una determinada edad

El cumplimiento de una determinada edad es el elemento causal que puede motivar el cese en la actividad laboral. La edad que permite al trabajador cesar en el trabajo varía según la modalidad y/o submodalidad de jubilación de que se trate, aunque en todo caso existe una edad legal y general de jubilación ordinaria que sirve como referente para la edad exigida en cada una de las modalidades, y, en su caso, submodalidades. Atendiendo a esta pluralidad de situaciones, el cese en el trabajo puede producirse al cumplir el trabajador diversas edades:

- ✦ La edad legal y general de jubilación ordinaria.
- ✦ Las edades previstas para la jubilación anticipada.
- ✦ Las edades determinadas para la jubilación flexible, cuando se compatibilice la pensión de jubilación con el trabajo a tiempo parcial.
- ✦ La edad fijada para la jubilación diferida.

c) Elemento cuantitativo: el período previo de cotización

La existencia de un período previo de cotización o período de carencia determina no solo el reconocimiento del derecho a la pensión, sino también el porcentaje a aplicar sobre su base reguladora para obtener la cuantía de la pensión.

B) Elementos compartidos con el resto de pensiones

a) Carácter vitalicio

El carácter vitalicio implica que el derecho a la pensión sólo se extingue por el fallecimiento del beneficiario, siempre y cuando persistan los requisitos legales que dieron lugar a la misma.

b) Unicidad

La pensión es única respecto de aquellas que tengan su misma naturaleza, por lo que, en principio, se excluye la posibilidad de percibir dos o más pensiones de jubilación. No obstante, la regla se exceptúa en determinados supuestos de compatibilidad con otras pensiones públicas de jubilación de los regímenes especiales de la Seguridad Social (*infra* V, 2), así como con el percibo de pensiones complementarias privadas de jubilación, incluso aunque éstas se financien por los poderes públicos.

c) Carácter pecuniario

El carácter pecuniario deriva de su consideración como renta pública de sustitución del salario que goza de todas las garantías establecidas para las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social (art. 44 TRLGSS).

d) Periodicidad

Tiene carácter periódico al tratarse de un derecho de crédito, subjetivo y único, que consiste en el pago ordinario de una prestación mensual y dos pagos extraordinarios en junio y diciembre.

e) Incompatibilidad

La pensión es incompatible con todo trabajo profesional, aunque esta regla general admite excepciones, ya que en algunos casos, como el de la jubilación parcial (art. 213.1, 2º TRLGSS), la incompatibilidad sólo existe con el percibo íntegro de la pensión, permitiéndose asimismo en otros casos la compatibilidad cuando el pensionista reúna determinados requisitos (arts. 1 a 4 RDL-CONVILA y 213.2, 3º y 4 TRLGSS).

f) Imprescriptibilidad

El derecho al reconocimiento de la pensión es imprescriptible (art. 212 TRLGSS), configurando así una de las excepciones a la regla general de la prescripción a los cinco años del resto de las prestaciones del sistema (art. 53.1 TRLGSS), lo que no impide que los efectos del reconocimiento de la prestación se retrotraigan a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud (art. arts. 53.1 y 212 TRLGSS).

g) Irrenunciabilidad

La pensión es irrenunciable (art. 3 TRLGSS), lo que quiere decir que una vez reconocida no cabe su renuncia expresa o tácita por parte del beneficiario.

#### h) Carácter personal

La pensión es un derecho personal del trabajador, lo que impide que tenga la condición de bien ganancial (STS 20-12-1994).

## II. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Son tres los requisitos exigidos a los trabajadores por cuenta ajena para causar derecho a la pensión de jubilación (art. 205 TRLGSS): estar afiliado y de alta o en situación asimilada al alta; haber cumplido la edad legal de jubilación y acreditar un período mínimo de cotización genérico de quince años, así como otro específico consistente en que dos años deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

### I. AFILIACIÓN Y ALTA O EN SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA

Para causar derecho a la pensión de jubilación es preciso estar afiliado y de alta en la Seguridad Social (arts. 165.1 y 205.1 TRLGSS) o en situación asimilada al alta (art. 1.2 OM 18-1-1967).

Se consideran situaciones asimiladas al alta en la Seguridad Social a los efectos del percibo de la pensión de jubilación, las siguientes:

- IT incluida su prórroga (art. 205.2 TRLGSS).
- Excedencia forzosa para ocupar cargo público o sindical.
- Excedencia por cuidado de hijos menores de tres años y familiares dependientes con reserva de puesto de trabajo (art. 36.1.3 RIAAB).
- Traslado del trabajador por su empresa a centros radicados fuera del territorio español.
- Cese en la condición de trabajador por cuenta ajena con la correspondiente suscripción de un convenio especial.
- Desempleo involuntario total y subsidiado.
- Paro involuntario con la inscripción en la oficina de empleo (STS 1-7-1993).
- El pensionista por IP cuando haya seguido trabajando (STS 14-4-1994).
- Cese en un empleo por aplicación de la Ley de incompatibilidades (Disp. Adic. 1.ª Ley 53/1984).
- Huelga y cierre patronal.

Este requisito de carácter general admite una excepción, de tal forma que no es preciso que el beneficiario se encuentre en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social cuando haya cumplido la edad legal de jubilación en el momento del hecho causante y haya cubierto un período mínimo de cotización a la Seguridad Social de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores de causar el derecho (art. 205.3 TRLGSS).

### 2. EDAD LEGAL DE JUBILACIÓN

Con carácter general, para causar derecho a la pensión de jubilación se ha venido considerando como edad legal la de 65 años cumplidos (art. 161.1 LGSS). Sin embargo, la LAAMSS ha previsto para 2027 como edad legal de jubilación la de 67 años de edad cumplidos. No obstante, quienes en dicho año hayan cumplido 65 años también podrán acceder a la pensión de jubilación cuando acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos (art. 4.Uno LAAMSS que modifica el art. 161.1 LGSS, en la actualidad art. 205.1, a) TRLGSS), especificándose que el cómputo de los meses se realizará



de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento y que, cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes (art. 1.1 RLAAMSS).

La LAAMSS ha modificado la edad legal de jubilación, prolongándola hasta los 67 años, en base a los profundos cambios experimentados en las expectativas de vida y en las condiciones de salud de la población. Para ello, en lugar de fijarla de un modo absoluto ha tenido en cuenta el esfuerzo contributivo realizado por los beneficiarios a lo largo de su vida laboral. De ese modo, la edad mínima de acceso a la jubilación no experimenta cambio alguno y sigue fijada en 65 años para quienes hayan cotizado 38 años y seis meses, estableciéndose en 67 años la edad legal en el resto de los casos.

Esta modificación en la edad de jubilación se implantará de una forma progresiva y gradual con la finalidad de respetar los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición (Disp. Trans. 20.<sup>a</sup> LGSS introducida por el art. 4.Dos LAAMSS, en la actualidad Disp. Trans séptima TRLGSS). Así, a partir de 1 de enero de 2013, se incrementa la edad de 65 años en un mes por cada año transcurrido hasta 2018 incluido. A partir de 1 de enero de 2019, la progresión gradual pasa a ser de dos meses por año transcurrido, lo que supone que la nueva edad de 67 años no tendrá eficacia plena hasta el año 2027, y que, como ya se ha dicho, para quienes acrediten 38 años y seis meses de cotización o más se mantiene la edad de jubilación a los 65 años de edad.

Está previsto que el Gobierno, en el plazo de dos años a partir de 2013, presente un informe económico sobre los efectos producidos en la prolongación de la vida laboral, por la aplicación de coeficientes adicionales por retrasar la edad de jubilación (Disp. Adic. 44.<sup>a</sup> LAAMSS), con lo cual cabe la posibilidad de que se produzcan nuevos cambios normativos para acomodar los aspectos legales a la situación financiera del Sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, para determinar los períodos de cotización computables a fin de fijar la edad de acceso a la pensión de jubilación, además de los días efectivamente cotizados por el interesado, se tendrán en cuenta como tiempo cotizado (art. 1.3 RLAAMSS):

- Los tres años del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o de guarda con fines de adopción (art. 237.1 TRLGSS),
- El primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida (art. 237.2 TRLGSS).
- Los días que se computen como período cotizado en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos que a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación a partir del 1 de enero de 2013, será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor acogido (art. 236.1 TRLGSS).
- Los períodos de cotización asimilados por parto que se computen a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, esto es, ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante las dieciséis semanas o las semanas correspondientes en el caso de parto múltiple (235 TRLGSS).

### *A) Jubilación anticipada*

El anticipo de la edad legal de jubilación ha sido una práctica muy extendida en nuestro Sistema de Seguridad Social, hasta el punto de que uno de los argumentos utilizados en defensa de la prolongación de la edad de jubilación ha venido sosteniendo que tal medida no afectaría a un gran número de ciudadanos

en edad pensionable, dado que la edad promedio de la jubilación en España es de sesenta y dos años, lo que indica que la legislación española de Seguridad Social regula numerosos supuestos de anticipo de la edad de jubilación.

a) Jubilación anticipada mediante coeficientes reductores de la edad legal ordinaria de jubilación

Caracteriza esta modalidad el adelanto incentivado de la edad legal ordinaria de jubilación, de forma que los coeficientes reductores de la misma operan tan sólo sobre dicha edad, pero no respecto de la cuantía de la pensión.

a') Grupos o actividades profesionales con trabajos de alta vulnerabilidad

La edad legal de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca (art. 206.1 TRLGSS y art. 2 OM 18-1-1967).

Entre los grupos o actividades profesionales a los que se ha rebajado por Real Decreto la edad legal de jubilación se encuentran los trabajadores de minería del carbón (D. 298/1973), ferroviarios (STS 15-7-1991); trabajadores del mar (D. 2.864/1974); personal de vuelo de trabajos aéreos (RD 2.621/1986); artistas y profesionales taurinos. A todos estos colectivos se les aplica unos coeficientes reductores sobre la edad entre el 0,10 y 0,40 en función del tiempo efectivo en la actividad.

Con posterioridad se han incluido a otros dos grupos o colectivos: los bomberos al servicio de las Administraciones y organismos públicos (RD 383/2008) y a los miembros del cuerpo de la Ertzaintza, que integran la policía autonómica del País Vasco (Disp. Adic. vigésima TRLGSS), los cuales pueden anticipar la edad de jubilación en función de un coeficiente reductor del 0,20 por año completo efectivamente trabajado, sin que ambos colectivos puedan acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 60 años, o la de 59 años en los supuestos en que se acrediten 35 o más años de cotización efectiva. A tales efectos, tanto los bomberos como los miembros del cuerpo de la Ertzaintza cotizan por un tipo adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador (art. 128, Trece y Catorce respectivamente LPGE 2014).

Legalmente se ha previsto la actualización de los coeficientes reductores de la edad de jubilación, para lo cual el Gobierno aprobará en el plazo de un año, a partir de agosto de 2011, las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando en su caso los porcentajes actuales de cotización, previo estudio sobre siniestralidad en el sector, penosidad, los efectos de la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a ritmos de producción y la peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo (Disp. Adic. 23.<sup>a</sup> LAAMSS). También se ha previsto que el Gobierno en el plazo de un año, a partir de agosto de 2011, realizará un estudio actuarial relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada (Disp. Adic. 24.<sup>a</sup> LAAMSS). Sin embargo, a pesar de haber transcurrido el plazo del mandato sin haberse hecho el referido estudio, la disposición adicional que lo ordena ha sido suspendida en su vigencia durante un plazo de tres meses (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> 3 RDL 29/2012), con la finalidad de dar tiempo a la prevista adopción de nuevas medidas en relación con el régimen jurídico regulador de estas jubilaciones, lo que hasta el momento está pendiente de realizar.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años (art. 206.3.1.<sup>o</sup> TRLGSS).

Estos coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios para los que se jubilan

con más de 65 o 67 años, a la jubilación anticipada para mutualistas anteriores de 1-1-1967, ni a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada (art. 206.3.2º TRLGSS).

*b'*) Personas con discapacidad

La edad legal de jubilación, también, podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del MEYSS, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que señalan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas (art. 206.2 TRLGSS).

Los coeficientes reductores sobre la edad serán del 0,25 o del 0,50 cuando se acredite la necesidad de asistencia de otra persona (RD 1.539/2003). La edad mínima de jubilación de las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 por 100, será excepcionalmente de cincuenta y ocho años (art. 3 RD 1.851/2009, de 4 de diciembre). La Disposición Adicional 19.<sup>a</sup> LAAMSS ha modificado el artículo 3 del RD 1.851/2009 y ha reducido la edad mínima de jubilación para estas personas a cincuenta y seis años, sin perjuicio de que deban acreditar el período mínimo que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación (art. 1 RD 1.851/2009, de 4 de diciembre).

El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación computará como cotizado al exclusivo efecto de la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión (art. 5 RD 1.539/2003).

Estos coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, ni a los beneficios para los que se jubilan con más de 65 años ni a la jubilación anticipada para mutualistas anteriores de 1-1-1967 ni a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada (art. 206.3, 2º TRLGSS).

b) Jubilación anticipada mediante coeficientes reductores de la cuantía de la pensión

Los supuestos que se van a estudiar a continuación se caracterizan porque los trabajadores acceden a la jubilación antes de alcanzar la edad legal ordinaria, asumiendo un cierto coste a través de coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, por lo que aquí ya no se estimula el retiro anticipado de la actividad laboral, sino que, por el contrario, se procura desincentivarlo mediante la aplicación de dichos coeficientes.

*a'*) Jubilación anticipada de los trabajadores que pierdan su empleo por causa no imputable a los mismos

Podrán acogerse a esta modalidad de jubilación anticipada los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos [art. 207.1 TRLGSS]:

- Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad legal de jubilación, sin que sean de aplicación los coeficientes reductores de la misma contemplados en el artículo 206 TRLGSS y a los que ya se ha hecho referencia.
- Estar inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo un mínimo de seis meses consecutivos anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación (art. 1.3 RD 1.132/2002).
- Acreditar 33 años completos de cotización efectiva, sin tener en cuenta la parte proporcional de las pagas extras. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

- Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A tales efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada son las siguientes: el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 51 TRET); el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 52.c) TRET]; la extinción del contrato por resolución judicial (art. 64 Ley 22/2003, Concursal); la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 TRET, o la extinción de la personalidad jurídica contratante; la extinción del contrato de trabajo por causa de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral (art. 51.7 TRET) y la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género (art. 49.1, m) TRET).

Para poder acceder a la jubilación anticipada en los supuestos de despidos colectivos u objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, será necesario acreditar que se ha percibido la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente [art. 207.1 TRLGSS].

En el caso de acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso le resulte de aplicación de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado: coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y seis meses; coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses y coeficiente del 1,500 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses [art. 207.2 TRLGSS].

El cómputo de los trimestres que en el momento del hecho causante le falten al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, se realizará de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría, por el solicitante de la pensión, la edad legal de jubilación. En el supuesto de que en la fecha del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes (art. 3.2 RLAAMSS).

#### b') Jubilación anticipada por voluntad del interesado

La LAAMSS había previsto, a partir de 1 de enero de 2013, un nuevo supuesto de jubilación voluntaria para los trabajadores por cuenta ajena que tuvieran 63 años y que acreditaran 33 años cotizados (art. 5.Uno LAAMSS). Sin embargo, esta modalidad de jubilación anticipada no entró en vigor al ser suspendida en su aplicación durante un período de tres meses (Disp. Adic. 1.ª RDL 29/2012), con la finalidad de dar tiempo a la prevista adopción de nuevas medidas en relación con el régimen jurídico regulador de esta jubilación anticipada, plasmadas en el RDL-CONVILA, el cual dio nueva redacción al artículo 161 bis 2, B) LGSS, fijando los requisitos para esta modalidad de jubilación voluntaria (art. 6 RDL-CONVILA). Actualmente tal modalidad se regula en el artículo 208 TRLGSS, cuyo apartado 1 establece los siguientes requisitos para el acceso a la misma:

- Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad legal de jubilación, sin que sean de aplicación los coeficientes reductores de la misma.
- Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias, pero computándose como cotizado a la Segu-

riedad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

- El importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

La pensión de esta modalidad de jubilación anticipada será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación de un coeficiente del 2 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses; de un coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; de un coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses y de un coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda, tomándose para el cómputo de los períodos de cotización períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo. El cómputo de los trimestres que en el momento del hecho causante le falten al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, se realizará de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría, por el solicitante de la pensión, la edad legal de jubilación y en el supuesto de que en la fecha del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes (arts. 208.2 TRLGSS y 3.2 RLAAMSS).

c') Jubilación anticipada de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas laborales el 1-1-1967

Se podrán jubilar a los 60 años los trabajadores que hubieran tenido la condición de mutualistas en cualquier Mutuality Laboral de trabajadores por cuenta ajena el 1-1-1967 o en cualquier fecha anterior (Disp. Trans. cuarta, 1. 1ª y 2ª TRLGSS).

En este supuesto de jubilación anticipada, si el trabajador la solicita voluntariamente su pensión se reducirá un 8 por 100 por cada año o fracción que le falte para cumplir la edad ordinaria. Por el contrario, si es como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo por causas que no le son imputables y tiene 30 años cotizados se le aplicarán las mismas reducciones establecidas en supuesto del artículo 207.2 TRLGSS.

No obstante, a partir de 1 de enero de 2013, se ha suprimido el supuesto de extinción del contrato por causas no imputables para el trabajador, por lo que el trabajador que se acoja a esta modalidad de jubilación anticipada siempre tendrá una reducción en su pensión del 8 por 100 por cada año o fracción que le falte para cumplir la edad ordinaria (art. 5.Dos LAAMSS).

c) Jubilación anticipada especial por razones de empleo

a') Jubilación anticipada de trabajadores incluidos en planes de reconversión y reindustrialización

Los trabajadores afectados por Planes de reconversión y reindustrialización (art. 23 Ley 27/1984, de 26 de julio) se podrán jubilar a partir de los 60 años con ayudas a cargo a las empresas acogidas al plan de reconversión o a los Fondos de Promoción de Empleo. A los 65 años se les recalculará la pensión para su actualización y asimilación a la de los trabajadores en activo (Disp. Trans. cuarta, 3. TRLGSS).



b') Jubilación anticipada a los 64 años por fomento de empleo

Se podían jubilar a los 64 años los trabajadores por cuenta ajena que fueran sustituidos por sus empresas simultáneamente a su cese por jubilación por otros trabajadores inscritos como desempleados y mediante un contrato de cualquier modalidad, excepto tiempo parcial, de duración no inferior a un año (RD 1194/1985, de 17 de julio). La jurisprudencia (SSTS 18-3-2002 y 25-10-2004) ha venido interpretando que eran válidas tanto la contratación a tiempo parcial como la contratación temporal de un desempleado.

A partir de 1 de enero de 2013 ha quedado derogado el RD 1194/1985, de 17 de julio, por lo que este tipo de jubilación anticipada ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social (Disp. Derog. única LAAMSS).

B) Jubilación flexible

La jubilación flexible está prevista en dos supuestos, cuya característica común es la transformación de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial mediante la reducción de la jornada de trabajo y del salario, percibiéndose simultáneamente la pensión de jubilación, aunque no en su totalidad sino de manera parcial en función de la jornada realizada por el trabajador (capítulo 6, I, 3, B *Sistema de Derecho del Trabajo*). Por consiguiente, la jubilación flexible se articula en nuestro Sistema de Seguridad Social mediante dos supuestos o modalidades de jubilación parcial, puesto que en ambas el trabajador voluntariamente jubilado permanece en activo con provecho para sí mismo, para la actividad laboral que se beneficia de su experiencia y para dicho Sistema que, mediante su cotización, allega recursos que contribuyen al equilibrio financiero de la institución. Y ello aunque la norma, de modo técnicamente reprochable, denomine tan sólo como jubilación flexible a la jubilación parcial sin contrato de relevo (arts. 1 Ley 35/2002, de 12 de julio, y 5.1 RD 1.132/2002)

a) Jubilación parcial sin contrato de relevo

A este supuesto de jubilación flexible podrán acceder los trabajadores que hayan cumplido la edad legal de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo (art. 215.1 TRLGSS). Los porcentajes indicados se entienden referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

La exigencia del requisito de la edad se aplicará de forma gradual, conforme a lo previsto en la disposición transitoria décima TRLGSS.

Las notas características de esta modalidad de jubilación flexible son las siguientes:

- ✦ Exoneración de cotizaciones por contingencias comunes, excepto IT (art. 152.1 TRLGSS), por cuotas por desempleo, FGS y formación profesional (art. 152.4 TRLGSS). Esta exoneración no será aplicable a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los organismos públicos regulados en el título III de la LOFAGE (art. 152.3 TRLGSS).
- ✦ El pensionista que se acoja a esta jubilación flexible deberá comunicarlo a la entidad gestora, con la finalidad de que ésta proceda a la reducción correspondiente de la pensión (art. 6 RD 1.132/2002).
- ✦ La pensión de esta jubilación flexible es compatible con el trabajo, pero incompatible con las pensiones de IP (art. 7 RD 1.132/2002), aunque no con las prestaciones de IT y maternidad.
- ✦ Producido el cese definitivo en el trabajo se recalculará la pensión de jubilación conforme a las reglas del artículo 8 RD 1.132/2002.

b) Jubilación parcial con contrato de relevo

Se podrán jubilar de manera parcial los trabajadores a tiempo completo cuyas empresas suscriban un contrato de relevo, de duración indefinida o como mínimo igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad legal de jubilación, con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la misma un contrato de duración determinada (art. 12.7 TRET). Esta modalidad de jubilación flexible exige el cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 215.2 TRLGSS y Disp. Trans. cuarta.1, 1ª y 2ª TRLGSS):

\* Tener cumplida el trabajador en la fecha del hecho causante la edad de 65 años o de 63 cuando se acrediten 36 años y seis meses cotizados. Estas edades se sitúan en el punto máximo de la escala establecida en la Disposición Transitoria décima TRLGSS para esta modalidad de jubilación parcial y que prevé edades distintas para la misma atendiendo a los períodos previos de cotización.

- ✦ Dicha escala parte del cumplimiento por el trabajador que accede a esta jubilación la edad de 61 años y 1 mes en 2013 y tener cotizado un período de 33 años y 3 meses o más hasta los 63 o 65 años exigidos en 2027 con una cotización de 36 años y 6 meses, como se ha señalado. La escala va incrementando la edad un mes por año hasta 2018 y a partir de dicho año el incremento es de dos meses por año, al tiempo que el período cotizado se va incrementando tres meses por año hasta alcanzar los 63 o 65 años en 2027 y la cotización de 36 años y 6 meses. Esta escala no se aplicará a los trabajadores que el 1-1-1967 tuviesen la condición de mutualistas, si bien se exigirá haber cumplido la edad de 60 años, sin que a tal efecto se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación a los interesados.
- ✦ Acreditar el trabajador que accede a esta jubilación un período de antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial, computándose la antigüedad en la empresa anterior en el caso de sucesión de empresa o en empresas pertenecientes al mismo grupo.
- ✦ La reducción de la jornada del el trabajador que accede a esta jubilación ha de estar comprendida entre el 25 por 100 como mínimo y un máximo del 50 por 100 o del 75 por 100 para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa y de manera indefinida y se acrediten en el momento del hecho causante.
- ✦ Acreditar el trabajador que accede a esta jubilación un período de cotización de 33 años, sin que a tal efecto se tengan en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100, el período de cotización exigido será de 25 años.
- ✦ Que el trabajador relevista sea idóneo, en el sentido de que debe existir una correspondencia entre las bases de cotización del mismo y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.
- ✦ El contrato de relevo ha de tener, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad legal de jubilación. En el caso de que el contrato fuera suscrito de manera indefinida y a tiempo completo deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. En el supuesto de que dicho contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario deberá celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por el empresario de las condiciones establecidas en el artículo 215 TRLGSS en materia de contrato de relevo, éste será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial. La exigencia del requisito de la edad se aplicará de forma gradual, conforme

a lo previsto en la Disposición Transitoria séptima TRLGSS, a la que remite la Disposición Transitoria décima de este texto refundido.

- Respecto a la cotización, la empresa y el trabajador que accede a la jubilación parcial cotizarán por la base de cotización que le hubiera correspondido de seguir trabajando a jornada completa. No obstante, la base de cotización se aplicará de manera gradual: durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 50 por 100 de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa. Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por 100 más hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa, sin que en ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en esta escala pueda resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada (y art. 215.2, g) y Disp. Trans. décima, 3 TRLGSS).

La cuantía de la pensión del jubilado parcial será el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de la jornada laboral a la pensión calculada como si el trabajador tuviera la edad legal de jubilación, sin que se apliquen coeficientes reductores por anticipar la edad de jubilación. En el momento de acceder a la jubilación legal, o en cualquier momento anterior, el trabajador podrá solicitar que se le vuelva a calcular la pensión, teniendo en cuenta que la base de cotización del período de jubilación parcial se computará al 100 por 100, como si se tratara de una cotización a tiempo completo.

Una vez producido el cese en el nuevo trabajo se procederá a recalcular la pensión de jubilación (art. 8 RD 1.132/2002), en la que se tendrá en cuenta el período cotizado para mejorar la base reguladora y se modificará el porcentaje aplicable a dicha base.

### C) Jubilación diferida

Actualmente existe una tendencia desincentivadora de la jubilación anticipada completa y, por el contrario, una política de estímulo de la prolongación de la vida laboral o jubilación diferida. Esta tendencia se refleja tanto en las resoluciones de los organismos internacionales como en nuestro ámbito institucional interno, del que constituye un claro exponente el PACTOL (Recomendación décima).

Las razones de este cambio de tendencia hay que buscarlas en la necesidad de encontrar el equilibrio entre los trabajadores activos que contribuyen al sostenimiento del sistema y los pasivos que perciben las prestaciones públicas, teniendo en cuenta, además, el factor demográfico actual al que se hizo alusión, caracterizado por una expectativa de vida alta y unos índices de natalidad bajos, así como los principios de solidaridad y reparto que inspiran el Sistema de Seguridad Social español.

La LMSS ha seguido la tendencia apuntada desarrollando el Acuerdo político-social sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, que establece un incentivo para las pensiones de jubilación causadas a partir de los 66 años, en el sentido de que sean superiores a las causadas a los 65 años de edad mediante la aplicación de porcentajes adicionales.

De acuerdo con ello, cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la edad legal de jubilación y al cumplir dicha edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización, se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por 100 cuando acredite 25 años cotizados, un 2,75 por 100 cuando acredite entre 25 y 37 años cotizados y un 4 por 100 a partir de 37 años cotizados (art. 210.2, 1º TRLGSS).

Estos porcentajes adicionales se sumarán al que con carácter general corresponda al interesado en función de los años de cotización y se aplicará a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso a la cuantía íntegra mensual establecida cada año en la LPGE para las pensiones contributivas (arts. 210.2, 2º y 57 TRLGSS).

Ahora bien, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, se establece una mejora complementaria de la pensión, de modo que el interesado tendrá derecho, además de la referida cuantía, a percibir anualmente

una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento conforme a la LPGE el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. Esta cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual (art. 210.2, 3º TRLGSS).

No obstante, el mencionado porcentaje adicional no será aplicable a los supuestos de jubilación parcial ni de la jubilación flexible (art. 210.2, 4º TRLGSS).

#### D) *Jubilación forzosa*

La jubilación es un derecho del trabajador y no un deber, por lo que el cumplimiento de la edad legal para el disfrute de la misma en modo alguno se puede considerar como un cese forzoso en el trabajo capítulo 14, I, 2, A) *Sistema de Derecho del Trabajo*).

No obstante, esta regla general sobre la voluntariedad en el acceso de la pensión de jubilación admite excepciones que establecen la jubilación con carácter forzoso, como ocurre con el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares al cumplir 69 años (art. 51 RD 205/1980) y con los funcionarios públicos, que se pueden jubilar voluntariamente a los 65 años o solicitar su permanencia en el servicio hasta los 70 años como máximo, edad en la que han de jubilarse con carácter forzoso, salvo aquellos funcionarios que se rijan por normas estatales específicas de jubilación (arts. 67.3 TREBEP y 11.1 RDL-MESFO).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que actualmente está suprimida la posibilidad de jubilación forzosa pactada en la negociación colectiva, estableciéndose la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos que permitan la extinción del contrato de trabajo en razón del cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas (Disp. Adic. 10.ª ET conforme con la Disp. Final 4.2 LEMURMEL, incorporada como Disp. Adic. décima al TRET y Capítulo 8, III, 2, C, del *Sistema de Derecho del Trabajo*).

### 3. PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN

#### a) *Reglas generales*

El período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación es de 15 años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, sin que se tenga en cuenta a estos efectos la parte proporcional de las pagas extraordinarias (arts. 161.1 LGSS 205.1, b) TRLGSS y SSTS 28-1-2013, 18-9-2013 y 23-9-2013). En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (arts. 205.1, b) TRLGSS y 2.1 RD 1.647/1997). Estos períodos de cotización acreditados vendrán reflejados en días y, una vez acumulados todos los días computables, serán objeto de transformación a años y meses, teniendo en cuenta que un año equivale a 365 días y el mes a 30,41666 días. Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos (art. 1.2 RLAAMSS).

La normativa sobre el período mínimo de cotización de esta pensión contributiva ha experimentado un cambio paulatino. Con anterioridad a la Ley 26/1985, se exigían solamente ocho años cotizados a lo largo de la vida laboral, que se amplían a quince años cotizados a partir de la Ley 24/1997 y que, tras la LMSS, se mantiene en quince años efectivos de cotización pero sin tener en cuenta la parte proporcional

correspondiente a las pagas extraordinarias. Con estos cambios se endurece el acceso a la prestación con la finalidad de buscar gradualmente una mayor proporcionalidad y correlación entre cotización y prestación en aras al equilibrio financiero del sistema, lo que supone reforzar el carácter contributivo del mismo al tiempo que se pretenden evitar las situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de la prestación, de forma que quienes realizan similar esfuerzo de cotización alcancen prestaciones equivalentes (Recomendación novena PACTOL y Recomendación A) décima REPACTOL).

Pero estos objetivos no están exentos de relevantes limitaciones, de las que dos deben ser subrayadas. En primer lugar, *una limitación estructural* derivada de la naturaleza mixta del sistema de la Seguridad Social. En este sentido, las propias recomendaciones antecitadas no suponen la apertura ilimitada al principio de contributividad, puesto que propugnan su adecuada atenuación conforme al principio de solidaridad. Amortiguación de todo punto necesaria a la luz de la doctrina constitucional, ya reseñada en su momento, que rechaza la existencia en dicho sistema de un vínculo inmediato y directo entre cotización y pensión, característico del régimen contractual, dado el básico componente asistencial que informa el referido sistema junto al criterio contributivo (Capítulo 4, II), lo que permite afirmar, para la pensión contributiva de jubilación, que “el sistema no tiende a garantizar un equilibrio cuota-prestación (STC 65/1990). En segundo término, *una limitación aplicativa* en cuya virtud el refuerzo irrestricto de la contributividad puede privar de la prestación a determinados colectivos de trabajadores sujetos a una elevada secuencia de contratos temporales propia de la situación de precariedad en que está instalado el mercado de trabajo en España, habida cuenta de la discontinuidad más acentuada de sus carreras de seguro, lo que dificulta sobremedida que alcancen el período mínimo de cotización exigido con carácter general.

### c) Reglas especiales para los trabajadores contratados a tiempo parcial

En los contratos a tiempo parcial, para acreditar los períodos de cotización deben computarse las cotizaciones efectuadas en función de los días trabajados, en lugar de las horas efectivamente trabajadas tal como establecía la Disposición Adicional 7ª, regla 2ª a) LGSS con anterioridad a su modificación por el artículo 5.º RDL-TAPMUES. Este nuevo cómputo deriva de la doctrina constitucional que declara la inconstitucionalidad de dicha regla (STC 61/2013, a la que siguen las SSTC 71/2013, 72/2013, y 116/2013 y cuyo precedente se halla en la jurisprudencia comunitaria (STJUE 22-11-2012).

La anulación de la regla 2.ª del apartado 1.º de la Disposición Adicional 7.ª LGSS dió lugar de este modo a una nueva regulación legal de la misma mediante el artículo 5, uno LETAPMUES con la finalidad de integrar la laguna que dicha anulación produjo en orden al cómputo de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Esta regulación ha sido recogida en el vigente artículo 247 TRLGSS. Con arreglo a la misma, el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial será el resultado de aplicar al número total de días de cotización acreditados ciertos coeficientes de parcialidad, conforme a las siguientes reglas:

- ✦ El número total de días de cotización acreditados será el resultado de sumar los días efectivamente cotizados a tiempo parcial más el número de días cotizados a tiempo completo.
- ✦ Respecto a los días efectivamente cotizados a tiempo parcial, se tendrán en cuenta los distintos períodos en los que el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tales períodos se aplicará un *coeficiente específico de parcialidad*, determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. El resultado de esa aplicación será el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período de trabajo a tiempo parcial.
- ✦ Al número total de días de cotización acreditados se le aplicará un coeficiente global de parcialidad, entendiendo por tal el porcentaje que representa el número de días trabajados y acredita-



dos como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En el caso de que para acceder a la correspondiente prestación, como ocurre en la jubilación, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible.

- ✦ Para determinar la cuantía de la pensión de jubilación el número de días cotizados se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. En el supuesto de que el interesado acredite un período de cotización inferior a 15 años, una vez sumados los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial y aplicado el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre 15 años (art. art. 248.3 TRLGSS).

### c) Reglas especiales para otros supuestos

#### a') Nacimiento, adopción o acogimiento

- ✦ Con la duración legalmente establecida, se computa como período cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización, el de la interrupción de la cotización derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo, cuando estas circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. El período computable como cotizado varía conforme a la siguiente escala anual: para 2013 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido; 138 días computables para 2014; 164 días computables para 2015; 191 días computables para 2016; 217 días computables para 2017; 243 días computables para 2018 y 270 días para 2019 y siguientes, período este último fijado como máximo. En ningún caso el cómputo como período cotizado podrá ser superior al período de interrupción real de la cotización. Este beneficio sólo se reconocerá a uno de los progenitores, aunque en caso de controversia se otorgará a la madre. La aplicación de estos beneficios no podrá dar lugar a que el período de cuidado del hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. (Disp. Adic. 60.<sup>a</sup>1, primer párrafo, LGSS introducida por el art. 9.Uno LAAMSS y art. 6.1 RLAAMSS y arts. 236 TRLGSS y 5 RD 1716/2012).

#### b') Prolongación de la vida laboral

Por otra parte, el TRLGSS, continuando la política incentivadora de la prolongación de la vida laboral recogida en la LAAMSS, establece dos previsiones especiales para el cómputo del período cotizado. De un lado, a los trabajadores por cuenta ajena con 65 años de edad que acrediten 38 años y 6 meses de cotización o 67 años de edad que acrediten 37 años de cotización, cuando tengan suscritos contratos de trabajo indefinidos y cuyos empresarios y ellos mismos estén exonerados de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por IT derivada de las mismas, conforme lo establecido en el artículo 152 TRLGSS, y que accedan al derecho a la pensión de jubilación con posterioridad a 1 de enero de 2013, se les computará dicho período de exoneración como cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente. De otro lado, a los trabajadores autónomos que, alcanzando dichas edades y períodos de cotización, estén exentos de cotizar a la Seguridad Social, salvo, en su caso, por IT y por contingencias profesionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 311 TRLGSS, que accedan al derecho a la pensión de jubilación después de la referida fecha, también se les computará el período objeto de exoneración como cotizado a los efectos del citado cálculo (Disp.Trans. duodécima TRLGSS).

### III. CONTENIDO

La prestación de jubilación consiste en una pensión vitalicia (art. 160 LGSS). Esta pensión se calcula en base a los siguientes elementos:

- La base reguladora.
- El porcentaje aplicable en función de los años de cotización del causante.

#### I. BASE REGULADORA

##### A) Fórmula de cálculo de la base reguladora

La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será, en principio, el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (art. 209 TRLGSS).

Ahora bien, la LAAMSS modificó el sistema de cálculo de la pensión de jubilación, concretamente el período para determinar la base reguladora de la misma, pasando de 15 años (180 meses) a 25 años (300 meses). Así, la base reguladora será ahora el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (art. 4.Tres LAAMSS derogado y hoy recogido en el art. 209.1 TRLGSS). Esta ampliación del período para determinar la base reguladora tiene como objetivo conseguir una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas por el beneficiario en los años previos a la jubilación y la cuantía de la prestación, lo que refuerza la faceta contributiva interna de la prestación en detrimento de la factible y deseable dimensión contributiva externa al Sistema de la Seguridad Social a través del sistema tributario general (capítulo 2, I, 1, A)

Sin embargo, este cambio del sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión no se aplica completamente de forma inmediata sino de manera gradual con un período transitorio, que comprende desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2021, de modo que se neutralice su impacto en quienes se encuentren próximos a la edad de jubilación ordinaria (Disp. Trans. octava TRLGSS).

Bajo es finalidad amortiguadora, la LAAMSS tiene en cuenta, de forma específica en dos supuestos, a los trabajadores de más edad que hayan sido expulsados prematuramente del mercado laboral y, por tanto, por causa no imputable a su libre voluntad conforme a lo dispuesto en el artículo 208.1, 1) LGSS. En un primer supuesto, durante el período de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016, para los trabajadores que hayan cumplido 55 años de edad y que al menos durante veinticuatro meses hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, su base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con sistema de cálculo de la base reguladora antes referida (Disp. Trans. octava, 2 TRLGSS). En un segundo supuesto, que comprende el período del 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2021, los trabajadores que hayan cumplido 55 años de edad y que al menos durante veinticuatro meses hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, tendrán una base reguladora igual a la modificada por la LAAMSS y hoy contemplado en el artículo 209.1 TRLGSS, esto es, el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con sistema de cálculo de la base reguladora antes referida (Disp. Trans. octava, 3 TRLGSS).

A efectos de lo dispuesto en estas dos reglas específicas, el reglamento de la LAAMSS las desarrolló estableciendo dos reglas complementarias. En primer lugar, que el cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador puede producirse antes o después de cumplir los 55 años de edad y se

entiende referido a la relación laboral más extensa de su carrera de cotización extinguida después de cumplir los 50 años de edad. En segundo término, que los veinticuatro meses, no necesariamente consecutivos, con bases de cotización inferiores a la acreditada en el mes inmediatamente anterior al de la extinción de la relación laboral, han de estar comprendidos entre el cumplimiento de la edad de 55 años, o la de extinción de la relación laboral por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador si ésta es posterior al cumplimiento de dicha edad, y el mes anterior al mes previo al que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación (art. 2 RLAAMSS).

### *B) Reglas generales sobre el cálculo de la base reguladora*

El cálculo de la base reguladora de la pensión se ajustará a las siguientes reglas generales:

a) Las bases correspondientes a los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal (art. 209.1, a), 1ª TRLGSS).

b) Las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde el mes a que aquéllas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período señalado en la regla anterior (art. 209.1, a), 2ª TRLGSS).

c) Si en período que deba tomarse para calcular la base reguladora aparecen meses en los que no ha existido obligación de cotizar, las lagunas de cotización han de integrarse de acuerdo con las siguientes reglas (art. 209.1, b) TRLGSS):

a') Las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integran con la base mínima de todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base.

b') En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración indicada con anterioridad, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización relativa al primer período no alcance la cuantía de la base mínima señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

d) No se computarán en el cálculo de la base reguladora los incrementos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos años, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector (art. 209.2 TRLGSS), excepto aquellos incrementos salariales que derivados de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional y aquellos otros incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos. No obstante, dicha norma general será aplicable cuando los referidos incrementos salariales tengan lugar exclusivamente por decisión unilateral de la empresa conforme a sus facultados organizativas (art. 209.3 TRLGSS). Pese a lo dispuesto en el artículo 209.3 TRLGSS y a fin de evitar acuerdos específicos de mejora de la base de cotización, en ningún caso se computarán los incrementos salariales que excedan del límite establecido en el artículo 209.2 TRLGSS y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación (art. 209.4 TRLGSS).

e) Cuando en el período de cálculo para la determinación de base reguladora existan períodos computables como cotizados en concepto de beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos, la base de cotización a considerar, estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización o, en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada período que se compute. Si el beneficiario no tuviera acreditado el citado período de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización que resulten

acreditadas, correspondientes al período inmediatamente anterior a la interrupción de la cotización (arts. 236 TRLGSS y 5 y 9 RLAAMSS).

f) Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por la guarda legal de un menor de doce años o discapacitado que no desempeñe actividad retribuida (37.6, 1º TRET), deben computarse incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiese correspondido en el caso de haberse mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción (art. 237.3, 1º TRLGSS). Igual cómputo al alza debe realizarse para las cotizaciones efectuadas durante los períodos en que se reduce la jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y requiera de su cuidado directo (art. 237.3, 2º TRLGSS en relación con el art. 37.6, 3º TRET). Dicho cómputo incrementado también debe aplicarse en el supuesto de reducción de jornada para el cuidado directo de un familiar en los términos contemplados en el artículo 37.6, 2º TRET, aunque en este caso el cómputo se circunscribe exclusivamente al primer año de la reducción (art. 237.3, 1º TRLGSS).

g) Se consideran efectivamente cotizados los períodos de excedencia que regula el artículo 46.3 TRET, aunque la duración de este beneficio depende de la modalidad de excedencia que se disfrute. Tal duración es de tres años en el supuesto de excedencia para el cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción. Esa duración se reduce al primer año de excedencia cuando se trata de la disfrutada para el cuidado de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismos por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad y no desempeñen un actividad retribuida (art. 237.1 y 2 TRLGSS).

### C) *Determinación de la base reguladora en los casos de pluriempleo y pluriactividad*

En las situaciones de pluriempleo, las bases por las que se ha cotizado a las diversas empresas se computarán en su totalidad, sin que la suma de dichas bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento (art. 209.5 TRLGSS).

En los casos de pluriactividad, en que un mismo sujeto ha cotizado a distintos regímenes de Seguridad Social, pero sin tener derecho a percibir pensiones independientes al no reunir los quince años necesarios de cotización, se pueden acumular las cotizaciones efectuadas a los distintos regímenes a las del régimen en que se cause la pensión exclusivamente para el cálculo de la base reguladora, y sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento (art. 49 TRLGSS).

## 2. PORCENTAJE APLICABLE

La cuantía de la pensión de jubilación se obtiene aplicando a la base reguladora un determinado porcentaje en función de los años de cotización, a cuyo fin se dividirá el total de los días cotizados por 365 y la fracción de año, si existe, se asimilará a un año completo de cotización, para lo cual los períodos de cotización acreditados por los solicitantes serán reflejados en días y una vez acumulados todos los días computables, se transformarán en años y meses, según las equivalencias expuestas en el punto 3.º del epígrafe anterior (art. 3.1 RLAAMSS).

Los porcentajes a aplicar son los siguientes: 50 por 100 para los primeros 15 años cotizados; por los primeros quince años cotizados, el 50 por 100; a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100; los que rebasen el mes 248, el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100. A la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento (art. 210.1 TRLGSS). Dicho factor se define legalmente como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula matemática que se regula en el artículo

211.4 TRLGSS ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes (art. 211.1 TRLGSS). Para calcular este factor se han de tener en cuenta dos elementos: las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social elaboradas por la propia Administración de este sistema, así como la edad de sesenta y siete años como edad de referencia art. 211.3 TRLGSS). Está previsto que cada cinco años se revise la variación interanual de la esperanza de vida que haya de considerarse para el cálculo de dicho factor (art. 211.5 TRLGSS). El factor de sostenibilidad se aplicará sin perjuicio del derecho que pueda tener el interesado al percibo del complemento por mínimos, conorma a lo que se regule al respecto en la correspondiente LPGE (art. 211.6 TRLGSS). Debe tenerse en cuenta que los mencionados porcentajes se aplicarán a partir de 1 de enero de 2027, estableciéndose hasta esta fecha un período transitorio y gradual a partir del 1 de enero de 2013 (Disp. Trans. novena TRLGSS).

Además de los referidos porcentajes de carácter general, existe un supuesto especial referido a los trabajadores que accedan a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 o sesenta y siete años y reúnan el período mínimo de cotización establecido, en cuyo caso se reconoce al beneficiario un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía depende del número de años que se acrediten cuando se cumpla la referida edad, conforme a la siguiente escala: hasta 25 años cotizados el 2 por 100; entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 por 100 y a partir de 37 años cotizados, el 4 por 100. El beneficio de estos porcentajes adicionales no se aplican en los supuestos de jubilación parcial (art. 210.2 TRLGSS).

### 3. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La cuantía de la pensión contributiva de jubilación es el resultado de aplicar el porcentaje variable examinado, en función de los años de cotización, a la base reguladora. La cuantía de la pensión inicialmente calculada de este modo está sometida a topes máximos y mínimos.

La fijación de un tope máximo en la pensión contributiva de jubilación obedece al principio de solidaridad que rige en la protección social pública, limitando en este ámbito la cuantía de las pensiones más altas en beneficio de las de menor cuantía (capítulo 2, I,1, A). Dicho tope no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente LPGE (art. 59.1 TRLGSS), siendo aplicable incluso al supuesto de que el beneficiario tenga derecho al disfrute a dos o más pensiones públicas (STS 10-2-1997).

El tope mínimo de la pensión contributiva de jubilación, que refleja el principio de suficiencia protectora (art. 50 CE) —al margen ahora de que tal principio quede realmente cumplido en todo caso (capítulo 2, I,1, A)—, viene asimismo establecido anualmente en la LPGE, de tal forma que si la pensión calculada inicialmente no llega a ese tope, se completa con el denominado complemento para mínimos. Estos complementos no tienen carácter consolidable, por lo que pueden ser objeto de absorción por aumentos de rentas o nuevas prestaciones del beneficiario. A los complementos para mínimos se les fija diferente cuantía dependiendo de que el titular de la pensión tenga o no cónyuge a su cargo, así como de su edad fijada en función de que supere o no alcance los sesenta y cinco años. Para el percibo de este complemento será requisito indispensable tener la residencia en territorio español (art. 10.1 RLAAMSS 59.1 TRLGSS), entendiéndose que el beneficiario de la pensión la tiene habitualmente siempre que sus estancias en el extranjero sean iguales o inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, o estén motivadas por causas de enfermedad del beneficiario, debidamente justificadas mediante el correspondiente certificado médico (art. 10.2 RLAAMSS).

La cuantía inicial de la pensión debe ser periódicamente actualizada (art. 50 CE), lo que se traduce en su obligado incremento al inicio de cada año de acuerdo con un índice de revalorización previsto en la LPGE (art. 58.1 TRLGSS). La revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social se somete a un límite máximo, de forma que, una vez revalorizadas, su importe íntegro anual no podrá superar la



cuantía establecida en la LPGE, sumado, en su caso, al importe íntegro ya revalorizado de otras posibles pensiones públicas percibidas por su titular (art. 58.7 TRLGSS).

El Comité de expertos independientes (Disp. Adic. 9.<sup>a</sup> RDL-CONVILA) creado con el objetivo de elaborar un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de pensiones, lo emitió el 7 de junio de 2013 señalando la conveniencia de que la revalorización anual de las pensiones, en lugar de calcularse sobre el IPC, se calculara en función del crecimiento de los ingresos, del número de pensiones, del efecto sustitución (derivado de que los pensionistas que entran anualmente en el sistema lo hacen con pensiones distintas de los que salen), así como de la diferencia entre ingresos y gastos del sistema de pensiones.

Atendiendo en lo sustancial a las recomendaciones de dicho informe, en la vigente normativa la finalidad del nuevo índice de revalorización de las pensiones no se dirige a evitar la pérdida sistemática de su valor adquisitivo con respecto al IPC previsto para cada año, sino que su objetivo es “la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, garantizando, además, la suficiencia de las mismas tal y como se exige en el artículo 50 de la Constitución Española” (Preámbulo III LESOREPE). Por consiguiente, en esta garantía prevalece aquella sostenibilidad financiera y no de modo necesario la salvaguarda íntegra del poder adquisitivo de las pensiones. Lo que explica que el resultado de aplicar el índice de revalorización en ningún caso pueda dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el período anual anterior a diciembre del año para el que se calcula la revalorización, más 0,50 por ciento (art. 58.1 TRLGSS).

Por último, debe tenerse en cuenta que, en el supuesto de anticipación en el acceso a la pensión de jubilación, cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, dichos coeficientes se aplicarán sobre el importe de la pensión que resulte de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización. Una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación (art. 210.3 TRLGSS). No obstante, este coeficiente del 0,50 por 100 no será de aplicación a los trabajadores que se jubilen anticipadamente por su condición de mutualistas el 1-1-1967 (Disp. Trans. cuarta, 1), a los que se jubilen anticipadamente por realizar una actividad profesional cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, y a las personas que se jubilen anticipadamente por razón de su discapacidad (art. 210.4 TRLGSS).

## IV. DINÁMICA

### I. NACIMIENTO

El derecho a la pensión de jubilación nacerá cuando se produzca el hecho causante. No obstante, la fecha del hecho causante no es única para todos los supuestos sino que variará en relación a cada uno de ellos. Así, el hecho causante se producirá:

- ✦ El día del cese en el trabajo cuando el trabajador se encuentre en situación de alta (art. 204 TRLGSS).
- ✦ El día en que se formule la solicitud cuando el trabajador se encuentre en una situación asimilada a la del alta (art. 3 OM 18-1-1967), excepto:
  - Cuando el trabajador se encuentre en situación de excedencia forzosa por cargo público o sindical, en que el hecho causante se producirá el día en que cese en el cargo.
  - En el supuesto de trabajadores trasladados fuera del territorio nacional, el hecho causante será el día que cese en el trabajo.
  - En el caso de trabajadores que hayan cesado en el trabajo con suscripción de Convenio especial, el hecho causante se producirá el día que determine el propio Convenio especial (OM 18-7-1991).

- Cuando el trabajador mayor de cincuenta y cinco años sea perceptor del subsidio de desempleo y alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, el hecho causante se producirá el día en que cumpla la edad necesaria para percibir la pensión (art. 277.3 TRLGSS).
- ✦ El día de la presentación de la solicitud cuando el trabajador no esté dado de alta o en situación asimilada al alta (art. 3 RD 1.647/1997).
- ✦ La fecha de la extinción de la IT bien por agotamiento o por propuesta de IP y al trabajador se le haya denegado la IP, siempre que tenga la edad ordinaria de jubilación y el resto de requisitos que se exigen para su percibo (art. 13 OM 18-1-1966).
- ✦ La fecha de la solicitud de IP cuando ésta haya sido presentada a instancia de parte, le haya sido denegada y la solicitud de la jubilación se haya producido dentro de los tres meses siguientes a la fecha de denegación (art. 13 OM 18-1-1966).
- ✦ La fecha de la solicitud de la jubilación cuando la IP haya sido presentada a instancia del trabajador, le haya sido denegada y la solicitud de la jubilación se haya presentado con posterioridad a los tres meses siguientes a la fecha de denegación (art. 13 OM 18-1-1966).

Con carácter general, el derecho a la pensión se devengará desde el día siguiente al del hecho causante, siempre que la solicitud sea presentada dentro de los tres meses siguientes a aquél si el trabajador se encuentra en alta. Si no se presenta dentro de los tres meses, se devengará con una retroactividad de tres meses contados desde la fecha de la presentación de la solicitud (arts. 212 TRLGSS y 14.2 OM 18-1-1967).

## 2. DURACIÓN

La pensión de jubilación es vitalicia (art. 204 TRLGSS) y solamente se podrá suspender por la realización de trabajos, previa comunicación del interesado a la entidad gestora, o por sanción de tres o seis meses en caso de no comunicar los referidos trabajos (arts. 25 LISOS y 16.2 OM 18-1-1967).

Los efectos de la suspensión de la pensión por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, son varios:

- ✦ El pago de la pensión se interrumpe durante el tiempo de la actividad.
- ✦ Se suspende el derecho a la asistencia sanitaria como pensionista.
- ✦ El trabajador debe estar dado de alta y cotizar a la Seguridad Social, con la peculiaridad de que las cuotas a la Seguridad Social las debe abonar el empresario a su exclusivo cargo.
- ✦ Las cotizaciones efectuadas mejorarán la pensión de jubilación, incrementando su porcentaje pero no su base reguladora.
- ✦ El trabajador deberá reintegrar las prestaciones que hubiera percibido de manera indebida (art. 45.1 LGSS).

Los efectos de la suspensión de la pensión por sanción, además de los tres o seis meses de suspensión según que la infracción sea calificada como leve o grave, conllevará la devolución del importe de la pensión indebidamente percibida, existiendo en este caso una responsabilidad subsidiaria del empresario que contrató al pensionista (arts. 55. 1 y 2 TRLGSS y 16.3 OM 18-1-1967).

## 3. EXTINCIÓN

La pensión se extinguirá por la muerte del beneficiario (art. 24.1 OM 22-2-1996), dado que se trata de una prestación de carácter vitalicio. La prestación se devengará hasta el último día del mes en que se produjo la muerte, abonándose el primer día hábil del mes siguiente, por consiguiente, los herederos pueden reclamar su abono o las diferencias económicas después del fallecimiento.

El fallecimiento del pensionista podrá dar lugar a las prestaciones de muerte y supervivencia, en el caso de que se cumplan los requisitos de cada una de estas prestaciones.

## V. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

### I. JUBILACIÓN Y TRABAJO

#### A) Regla general de incompatibilidad

Como regla general, el percibo de la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del pensionista, tanto el realizado por cuenta ajena como por cuenta propia, siempre que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquier régimen de la Seguridad Social (arts. 213.1 TRLGSS y 16.1 OM 18-1-1967).

Esta regla general ha querido ser ampliada a personas que por su actividad no están incluidas en el campo de aplicación de ningún régimen de la Seguridad Social por la OM TIN/1.362/2011, de 23 de mayo, que declara expresamente la incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados que hayan optado por una mutualidad de previsión social y no por el RETA, al amparo de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> LOSSP. Esta ampliación de la regla general no se aplica, sin embargo, a los que a la entrada en vigor de dicha OM vinieran ya compatibilizando la pensión de jubilación del Sistema de la Seguridad Social con el ejercicio de la actividad por cuenta propia como profesional colegiado y hubiesen optado por una mutualidad profesional (Disp. Adic. única OM 1.362/2011). Sin embargo, la LAAMSS había previsto que el Gobierno presentara un proyecto de ley a fin de regular la compatibilidad entre pensión y trabajo, que garantizase el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades, y, hasta tanto no se produjera dicha regulación, se mantuviera el criterio de compatibilidad que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la OM TIN/1.362/2011 (Disp. Adic. 37.<sup>a</sup> LAAMSS). En cumplimiento de dicho mandato legal se promulgó el RDL-CONVILA, que regula la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo cuando se cumplan determinados requisitos (arts. 1 a 4). Pero estos preceptos han sido derogados por el vigente TRLGSS (Disp. derogatoria única, 26), por lo que debe entenderse que continua vigente el actual régimen de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo para los profesionales integrados en una mutualidad de previsión social con anterioridad a la vigencia de la referida OM.

#### B) Excepciones a la regla general de incompatibilidad

Como excepciones a la regla general deben traerse a colación tres supuestos:

##### a) Jubilación flexible

En este supuesto existen dos posibilidades de compatibilidad:

La jubilación parcial que permite compatibilizar la pensión con el trabajo por cuenta ajena, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores (art. 215.2 TRLGSS).

La jubilación parcial que permite compatibilizar la pensión con el trabajo, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, siempre y cuando se produzca una reducción de la jornada entre el 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 referidos a un trabajador a tiempo completo comparable y sin necesidad de suscribir un contrato de relevo (art. 215.1 TRLGSS). La consecuencia de esta compatibilización es la minoración de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista (arts. 5.1 y 6.2 RD 1.132/2002).

b) Trabajos por cuenta propia con ingresos no superiores al SMI

La realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI, en cómputo anual, es compatible con la percepción de la pensión de jubilación. En estos supuestos no existirá obligación de cotizar ni se generarán nuevos derechos sobre prestaciones de Seguridad Social (art. 213.4 TRLGSS).

c) Trabajos por cuenta ajena o propia de determinados pensionistas

El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o cuenta propia del pensionista cuando se cumplan determinados requisitos (art. 214 TRLGSS):

- Que el acceso a la pensión se haya producido al cumplir la edad legal de jubilación, por lo que no pueden acogerse al régimen de compatibilidad los jubilados anticipadamente ni las jubilaciones bonificadas.
- Que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora sea del 100 por 100.
- Que el trabajo compatible se realice bien a tiempo completo o a tiempo parcial.

Además de estos requisitos que deben cumplir los pensionistas, las empresas en las que presten servicios deberán mantener, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensinista de jubilación, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio, tomándose, a tal efecto, como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el período de los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio, sin que computen las extinciones producidas por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. Asimismo se exige a las empresas no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad (art. 214.6 TRLGSS).

La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, excluido en todo caso el complemento por mínimos. La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, si bien, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por 100 (art. 214.2 TRLGSS). El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (art. 214.4 TRLGSS) y una vez finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación (art. 215.5 TRLGSS).

## 2. JUBILACIÓN Y OTRAS PENSIONES O PRESTACIONES

Las pensiones del Régimen General de la Seguridad Social serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente (art. 163.1 TRLGSS), como ocurre con la pensión de viudedad que será compatible con la de jubilación (art. 10 OM 13-2-1967) y con la pensión de orfandad por razón de incapacidad que se le reconozca al huérfano antes de que cumpla los 18 años (art. 25.2 TRLGSS) En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones deberá optar por una de ellas (art. 163.1 in fine TRLGSS ). Existen, asimismo, ciertas excepciones a la incompatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con otras pensiones o prestaciones de la Seguridad Social, ya estén contempladas en la ley o admitidas por los órganos judiciales. En el primer caso se encuentran las prestaciones no contributivas por hijo a cargo reguladas en el artículo 352.2, b) y c) TRLGSS (art. 361.3 TRLGSS). Por su parte, los

órganos judiciales han admitido también la compatibilidad con la indemnización a tanto alzado por IP parcial (SSTSJ/Madrid de 24-2-1998 y 12-3-1998) y con la pensión por IP total derivada de accidente de trabajo y reconocida antes de 1967 (STS 22-4-1997).

A sensu contrario de lo establecido en el artículo 163.1 TRLGSS, las pensiones de jubilación del Régimen General serán compatibles con otras de la misma naturaleza o de distinta de los regímenes especiales de la Seguridad Social, a cuyo efecto será necesario que se reúnan los requisitos exigidos en cada uno de los regímenes para su obtención. No obstante, para que se pueda causar esta pluralidad de pensiones, si el beneficiario no se encuentra en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años (art. 205.3 TRLGSS), aunque la suma de las pensiones generadas no pueden superar el tope máximo de las pensiones establecido anualmente en la LPGE.

Por su parte, el percibo de la pensión de jubilación flexible será compatible con las prestaciones por IT o maternidad derivadas de la actividad realizada a tiempo parcial (art. 7 RD 1.132/2002), aunque incompatible con las pensiones de IP que pudieran corresponder al trabajador por la actividad desarrollada con posterioridad a su jubilación.

## VI. SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ

El SOVI es un régimen jurídico de carácter residual y subsidiario, que actualmente afecta a unas trescientas mil personas, todas ellas trabajadores por cuenta ajena. Además de la contingencia de la vejez, que ya cubría el Retiro Obrero Obligatorio, el SOVI cubre la contingencia de la invalidez, tanto de carácter permanente como la temporal, que exceda en su duración de los períodos cubiertos por el seguro de enfermedad.

### I. BENEFICIARIOS

Están incluidos dentro del campo de aplicación del SOVI los trabajadores por cuenta ajena que el 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido o, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios. Se entienden incluidas entre dichas pensiones las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho Sistema, conforme a lo previsto en la Disp. Trans. vigésima primera del TRLGSS (Disp. Trans. segunda TRLGSS).

Para causar derecho a la pensión de vejez del SOVI se requiere (art. 7 OM 2-2-1940):

- Estar afiliado al Retiro Obrero (antes de 1940).
- Haber cotizado 1.800 días al SOVI antes de 1-1-1967 (entre 1940 y 1966), computándose los días correspondientes a las pagas extraordinarias, dado que se trata de una pensión distinta a la de jubilación de la Seguridad Social. El período de carencia para lucrar pensiones del SOVI puede completarse con 112 días de cotización por hijos nacidos con anterioridad a 1-1-1967, de conformidad con la Disposición Adicional 44.<sup>a</sup> LGSS (STS 2-3-2010), sin embargo, por hijos nacidos con posterioridad a 1-1-1967 no se genera el beneficio de 112 días de cotización ficticia para completar el tiempo mínimo de cotización de 1.800 días (STS 12-12-2012).
- Respecto de la cotización, debe tenerse en cuenta que si para el reconocimiento de una pensión SOVI, se han totalizado períodos de seguro o de residencia cumplidos en otros países vinculados a España por norma internacional de Seguridad Social que prevea dicha totalización, el importe de la pensión prorrateada a cargo de España no podrá ser inferior al 50 por ciento de la cuantía de la pensión SOVI que en cada momento corresponda (art. 46.4 LPGE-2016).
- Haber cumplido 65 años y no tener derecho a otra pensión de Seguridad Social.



## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN

La pensión de vejez de SOVI es imprescriptible, vitalicia y de cuantía fija, que viene establecida cada año en la LPGE, habiéndose fijado para 2016 en 5.698 € euros anuales (Disp. Trans. segunda TRLGSS y art. 46.1 LPGE-2016).

## 3. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

El nacimiento del derecho a la pensión de vejez del SOVI se produce el día en que se accede a la edad de 65 años, siempre que la pensión se solicite dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento de dicha edad. Por el contrario, si la solicitud se realiza posteriormente, los efectos de la pensión comenzarán el primer día del mes siguiente a la solicitud (art. 10 OM 2-2-1940).

## 4. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

La pensión de vejez del SOVI, como regla general, es incompatible con el resto de pensiones que integran el Sistema de la Seguridad Social, incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que se han integrado en dicho sistema (STS 24-1-2002). A tales efectos, no se consideran pensiones concurrentes con el SOVI la prestación económica reconocida al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la guerra civil; la pensión percibida por los mutilados útiles o incapacitados de primer grado por causa de dicha guerra, cualquiera que fuese la legislación reguladora; el subsidio por ayuda de tercera persona previsto en la LEGEDIS y las pensiones extraordinarias derivadas de actos de terrorismo (art. 46.1 LPGE-2016).

Junto a las referidas excepciones a la regla general, debe tenerse en cuenta, asimismo, que las pensiones SOVI son compatibles con las pensiones de viudedad, pero limitando el importe de la pensión SOVI a 5.532,80 €, si bien la suma de ambas no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 años o más, establecida en cada momento. En el supuesto de exceder dicho límite, se procederá a minorar la cuantía de la pensión SOVI hasta el importe necesario para no exceder de dicho límite (art. 46.2 LPGE-2016 en relación con la Disp. Trans. segunda TRLGSS).

## 5. REVALORIZACIÓN

Respecto a la revalorización de la pensión de vejez del SOVI, se distinguen dos supuestos (art. 46.3 LPGE-2016):

- Cuando no concurra con otras pensiones públicas distintas de la pensión de viudedad o concurra con pensión de viudedad, aunque con el límite ya apuntado, será revalorizable.
- Si concurre con otras pensiones, con las excepciones expuestas en el apartado anterior, no se revaloriza. No obstante, si la suma de todas ellas es inferior a la cuantía fijada con carácter ordinario para la pensión SOVI en 2016 (supra, apartado 2), ésta se incrementará hasta alcanzar dicha cuantía, sin que ese incremento tenga carácter consolidable y, por tanto, pueda ser absorbible por otros incrementos que pueda experimentar el interesado, ya sea en concepto de revalorización, ya sea por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ JULIÀ, J., y FARGAS FERNÁNDEZ, J. (coords.): *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Albacete, 2010.

- ALEGRE NUENO, M.: «Novedades en la Jubilación Parcial. Capital Humano», *Revista para la integración y Desarrollo de los Recursos Humanos*, n.º 224/2008.
- AZCARRAGA MONZONÍS, C., y otros: *La reforma de la Seguridad Social*, Valencia, 2009.
- BARRIOS BAUDOR, G., y DEL VALLE DE JOZ, J. I.: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Pamplona, 2010.
- BARRIOS BAUDOR, G., y otros: «Actualización del Sistema de Seguridad Social (III): la reforma de la jubilación», *AS*, n.º 8/2011.
- BENAVIDES VICO, A.: *Guía de las prestaciones de la Seguridad Social: desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad/orfandad*, Valladolid, 2011.
- BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones: análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social*, Madrid, 2011.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Protocolos sobre jubilación: guía sobre el régimen jurídico de la protección por jubilación*, Valencia, 2009.
- BLASCO RASERO, C.: «Jubilación parcial y contrato de relevo: el deber empresarial de mantener el puesto de trabajo íntegramente cubierto», *AS*, n.º 3/2011.
- DURÁN BERNARDINO, M.: «Jubilación forzosa, recesión y demografía», *AS*, n.º 2/2012.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: *La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento de empleo*, Pamplona, 2010.
- FERNÁNDEZ-COSTALES, Muñiz, J.: «La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados», *AJA*, n.º 825/2011.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., y MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad», *AS*, n.º 3/2009.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Incompatibilidad de la pensión de jubilación parcial con un contrato de trabajo a tiempo parcial posterior al despido improcedente», *AS*, n.º 2/2010.
- GALA VALLEJO, C.: *La jubilación: su protección en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- GÁRATE CASTRO, F. J.: «El régimen jurídico de la jubilación «retrasada» y su modificación por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *TRS*, n.º 215/2008.
- GARRIDO, A., y MORANTE, G.: «El contrato de relevo. Posibilidad de jubilación anticipada: la Ley 40/2007 ha supuesto un endurecimiento de sus condiciones», *Economist&Jurist*, n.º 123/2008.
- GRACIA ALEGRÍA, G.: «Pensión de jubilación, hecho causante desde no alta y cómputo del período de prestación de servicio militar a efectos de carencia», *AS*, n.ºs 7/2009 y 8/2009.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., y DURÁN ROMASEWSKYS, S.: «Jubilación: contributividad pero no solidaridad dentro del sistema», en *VVAA: Pensiones Sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 29-30 de mayo de 1998)*, vol. I, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ SEPTIEN, J. F.: *La jubilación: régimen jurídico y procedimiento para su cálculo*, Valladolid, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo», *AS*, n.º 15/2010.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: «Jubilación parcial anticipada y expedientes de regulación de empleo pactados», *AS*, n.º 19/2011.
- OLLO LLURI, M. P.: «Para la jubilación parcial, no es necesario idéntico grupo profesional», *RAD*, n.º 5/2012.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «¿Un nuevo paso en la contributividad del sistema de pensiones? (modificaciones en la pensión de jubilación incorporadas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)», *TRS*, n.ºs 212/2008 y 213/2008.

- PARAMIO NIETO, L.: «Contrato de relevo-jubilación parcial: posición del INSS ante las extinciones de estos contratos por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción [arts. 52.c) y 51 ET y 61 LC]: un desencuentro normativo», *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1/2011.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: *La Jubilación parcial en el sistema español de seguridad social*, Madrid, 2008.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: «La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el Sistema de Seguridad social», *RAD*, n.º 9/2012.
- PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Algunas consideraciones sobre las irregularidades en la contratación de sustitutos en la jubilación anticipada», *AS*, n.º 6/2010.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, 2010.
- RUIZ CAMPO, L.: «Aumento de la edad de jubilación: medida injusta y discriminatoria», *La Revista*, n.º 59/2010.
- SANZ MERINO, A. R.: «La pensión de jubilación contributiva en el Sistema de la Seguridad Social: régimen jurídico y modalidades», en *Manual Básico del Sistema de la Seguridad Social*, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La edad de jubilación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 796/2010.
- «Actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2011.
- «Sobre las pensiones y su reforma», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 815/2011.
- «La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados», *AJA*, n.º 825/2011.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: *La reforma de la jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Pamplona, 2012.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011», *AS*, n.º 7/2011.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La reforma de la jubilación: comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Valencia, 2011.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (y II) (a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las administraciones públicas y organismos públicos)», *RL*, n.º 19/2009.
- VALDUEZA BLANCO, M. D.: «El tránsito de la situación de jubilación a la de incapacidad permanente causada por enfermedad profesional, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (RJ 2010, 2604)», *AS*, n.º 17/2011.
- VVAA: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, 2011.

## CAPÍTULO 12.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (V): MUERTE, SUPERVIVENCIA Y PRESTACIONES FAMILIARES

#### I. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

La regulación de las situaciones de necesidad derivadas de muerte y supervivencia se encuentra entre las que más precisan de una reforma en profundidad, ya que adolecen de una serie de anacronismos, tanto desde el punto de vista de las prestaciones reguladas como desde la óptica de los hechos causantes de éstas, totalmente alejados de la actual realidad familiar y de su desigual protección. La reforma de 2007, tímidamente, ha intentado paliar alguno de estos anacronismos, pero ha sido incapaz de reformar de manera ordenada, equitativa y global estas prestaciones.

La actual regulación sigue manteniendo un concepto de familia que dista mucho de la variopinta realidad social existente hace ya tiempo, desprovista con frecuencia de la cobertura adecuada. Piénsese en los jóvenes que prolongan sus estudios hasta los treinta años, en las uniones de hecho o en las parejas homosexuales, por poner sólo unos ejemplos.

Las prestaciones de muerte y supervivencia se caracterizan además, en términos generales, por su cuantía insuficiente, a la que no es ajeno el mayor número de personas que cada vez accede a las mismas, dando lugar en unos casos a situaciones de privilegio, al no tenerse en cuenta el estado de necesidad económico, mientras que, en otros, la infraprotección es alarmante y alejada de la realidad social.

El proyecto de Ley de la LAAMSS preveía, en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, efectuar las reformas normativas necesarias de estas prestaciones a fin de poner en práctica las recomendaciones incluidas en el PACTOL, lo que se pretendía canalizar, de forma por lo demás inadecuada, mediante las LPGE de 2012 y años sucesivos. Sin embargo, aunque la exposición de motivos de la LAAMSS se siga haciendo eco de dichas previsiones, lo cierto es que el texto definitivo de esta norma, en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> se refiere exclusivamente a la pensión de orfandad y ya no hace ninguna referencia a la reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, por lo que, una vez más, se vuelve al punto de partida. El vigente TRLGSS, consecuente con las funciones que este tipo de normas refundidoras tiene atribuidas, tampoco aborda dichas reformas, de modo que buena parte del régimen jurídico de estas prestaciones sigue estando regulada en el nivel reglamentario por una norma, la OM de 13-2-1967, que fue promulgada hace más de 49 años.

## I. CONCEPTO

La inexistencia de una noción legal que englobe el conjunto de prestaciones por muerte y supervivencia o a cada una de ellas por separado, exige extraer ese concepto del grupo normativo destinado a su regulación. De acuerdo con ello, las mencionadas prestaciones pueden definirse como las atribuciones patrimoniales derivadas de las contingencias normativamente protegidas (la muerte o la desaparición del sujeto causante) y dirigidas a paliar las situaciones de necesidad en que se encuentran determinadas personas económicamente dependientes de otra (beneficiarios supervivientes), cuando ésta fallece o desaparece (sujeto causante).

Algunas precisiones deben trazarse a este concepto:

1.<sup>a</sup> Al definirse como atribuciones patrimoniales, estas prestaciones son objeto de determinadas obligaciones (en este caso obligaciones de dar) de contenido patrimonial, es decir, económicamente evaluable, a cargo de las entidades a quienes se encomienda su gestión (INSS o MCSS), aunque en determinados supuestos de incumplimiento de la responsabilidad en el pago, éste se derive al empresario. Por tanto, dichas atribuciones generan otros tantos derechos subjetivos a favor de ciertos beneficiarios que reúnan los requisitos exigidos. Esta precisión es común a las restantes prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

2.<sup>a</sup> Como sucede con las restantes contingencias o riesgos sociales cubiertos por la Seguridad Social, la muerte es una contingencia, aquí específica, que provoca en determinados beneficiarios (supervivientes) situaciones de necesidad a proteger mediante las correspondientes prestaciones. Por otra parte, la muerte, real o presunta actúa además, según ha de verse, como hecho causante que provoca, directa e indirectamente, las situaciones de necesidad protegidas.

3.<sup>a</sup> Las situaciones de necesidad protegidas tienen una doble manifestación. De un lado, la muerte genera un daño emergente, es decir, un exceso de gastos, que se intenta compensar con el auxilio por defunción (gastos del sepelio). De otro, la supervivencia provoca un lucro cesante, esto es un defecto de ingresos de ciertos familiares supervivientes, que se procura remediar con las restantes prestaciones (pensión vitalicia de viudedad, prestación temporal de viudedad, pensión de orfandad y una pensión vitalicia o subsidio temporal en favor de determinados familiares).

Pero conviene precisar una cuestión clave a este propósito, dada su influencia en la regulación de estas prestaciones. Se refiere al dato normativo de que, si bien las mismas compensan siempre frente a situaciones de necesidad, como no puede ser de otro modo a la luz del mandato recogido en el artículo 41 CE, dichas situaciones son en algunos casos presuntas y en otros reales, dando cobijo a ambas la acción protectora de la Seguridad Social en esta materia. Por consiguiente, la dependencia económica de los beneficiarios no es siempre real sino presunta. Ello ha supuesto que la compensación por el daño emergente y por el lucro cesante se desvincule, en ciertas prestaciones que lo atienden, de las efectivas y reales situaciones de necesidad del beneficiario, que no siempre deben acreditarse y que, por tanto, se presumen (viudos y viudas con vínculo matrimonial y, en algunos, casos, huérfanos menores de edad o incapacitados), en tanto que en otras prestaciones se conecta la compensación económica a dicha situación de necesidad al exigirse su acreditación y que, por ello, tal situación sea real (para los restantes huérfanos y las prestaciones en favor de familiares).

4.<sup>a</sup> Diversificación entre sujeto causante y beneficiario. A diferencia de otras prestaciones, en la estructura de las que ahora se estudian es necesario distinguir entre sujeto causante y beneficiario, ya que su diversificación supone la exigencia de distintos requisitos para delimitarlos, sin perjuicio de que todos ellos hayan de concurrir a efectos del reconocimiento de la correspondiente prestación.



## 2. PRESTACIONES: CLASES Y CARACTERES

### A) Clases

La clasificación de las prestaciones de muerte y supervivencia deriva de su finalidad de cobertura de las situaciones de necesidad provocadas en los familiares de un trabajador o pensionista fallecido que convivan y dependan económicamente de éste, como consecuencia de la pérdida de ingresos y de los incrementos de gastos que se les ocasione con la muerte de aquéllos. Esta clasificación atiende a la enumeración legal que de dichas prestaciones realiza la ley (art. 216.1 y 2 TRLGSS):

- a) El auxilio por defunción, que tiene como finalidad paliar los gastos del sepelio.
- b) La pensión de viudedad, que corresponde al cónyuge superviviente, y que tiene como finalidad compensar la pérdida de ingresos.
- c) La pensión temporal de viudedad, con similar finalidad a la anterior y obediente a determinadas circunstancias que deben concurrir en el cónyuge superviviente.
- d) La pensión de orfandad, que corresponde a los hijos supervivientes, y que tiene idéntica finalidad que la pensión de viudedad.
- e) Prestaciones a favor de familiares, que corresponde a otros familiares supervivientes. La finalidad de las prestaciones en favor de familiares no es compensar una pérdida de ingresos sino «cubrir una situación de cualificada necesidad en razón a la pérdida del... causante de la prestación, cuyos ingresos venían a constituir el sustento de la familia» (STS 24-2-1995).
- f) Indemnización a tanto alzado por muerte como consecuencia de contingencias profesionales. Es una prestación puramente resarcitoria, sin que por tanto su finalidad obedezca a atender ninguna situación de necesidad real.

### B) Caracteres

La regulación de estas prestaciones presenta ciertos caracteres principales que deben ser resaltados.

1.º *Carácter insuficiente de la acción legislativa.* La ordenación de estas prestaciones ha permanecido en buena medida inalterada en su concepción y estructura desde 1966. Las numerosas modificaciones legales que se han producido en materia de Seguridad Social, en particular desde la entrada en vigor de la CE, han tenido una incidencia menor en dichas prestaciones. Aunque algunos de estos cambios no hayan sido desdeñables (por ejemplo, las mejoras sobre la cuantía de la pensión de viudedad o los beneficiarios de la misma), en términos generales, dichas modificaciones han dejado intacto, en lo esencial, el régimen jurídico básico de las prestaciones objeto de estudio. Y ello a pesar de que desde 1978 han tenido lugar relevantes cambios socioeconómicos, tales como la nueva estructura familiar, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral, la regulación de las parejas de hecho o la del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El inmovilismo del legislador tan sólo ha experimentado una modificación de relieve mediante la Ley 40/2007, que afecta parcialmente a la concepción y estructura de la pensión de viudedad en virtud de la relativa equiparación de las uniones o parejas de hecho a la relación conyugal a efectos del reconocimiento de dicha prestación. No obstante, la propia norma reconoce ciertas limitaciones al respecto.

— Una primera limitación es de orden cualitativo y concierne al principio de igualdad de la pensión de viudedad. En este sentido, el preámbulo de la Ley 40/2007 ya advierte que «No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad». Aunque la norma no explicita las razones en virtud de las cuales considera esa plena igualdad como irrealizable, la principal descansa en un entendimiento erróneo de la doctrina constitucional, especialmente la contenida en la STC 184/1990.

Con arreglo a dicha doctrina «la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estatales de hecho...». Por ello, «el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran...» (STC 184/1990).

Al amparo de esta doctrina, la Ley 40/2007 parece considerar implícitamente, en forma restrictiva y errónea, que el reconocimiento de una pensión de viudedad idéntica al supérstite de una pareja de hecho respecto de la otorgada en el ámbito de la relación matrimonial tan sólo puede referirse a determinados aspectos de dicha prestación, tales como la cuantía y el régimen de compatibilidades, pero que esa identidad sólo alcanza en parte a los requisitos de acceso a la misma. Pero éste es un entendimiento insostenible a la luz del principio de igualdad, dado que, una vez reconocida por legislador dicha pensión al superviviente de la unión de hecho y con amparo en la CE, aquellos requisitos no pueden configurarse de modo desigual en relación con el supérstite del matrimonio, pues ese desigual trato carece de una justificación objetiva y razonable atendiendo a la finalidad de esa prestación, cual es la de compensar la situación de necesidad sobrevinida con la muerte del causante, finalidad que excluye la consideración de la clase de vínculo de convivencia como factor diferencial del que pueda derivarse un trato peyorativo para la pareja de hecho, una vez que el legislador decide reconocer la prestación al miembro superviviente de las misma.

— Una segunda limitación tiene índole estructural. En el doble sentido de que ha sido una limitación permanente a lo largo de la evolución normativa de la pensión de viudedad y de que afecta a un replanteamiento completo de la misma. Así, la Disposición Adicional 54.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, mandataba al Gobierno para que presentara ante el Congreso de los Diputados, «previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante».

El objetivo de «reformulación global de la pensión de viudedad», se considera no alcanzado por la Ley 40/2007, puesto que la misma vuelve a establecer el mandato de que «El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad» (Disp. Adic. 25.<sup>a</sup>).

A pesar de la recuperación por el legislador de positivas dosis de igualdad y racionalidad mediante dicha Ley 40/2007 en la regulación de la pensión de viudedad y de los evidentes cambios socioeconómicos habidos en las relaciones familiares en España, la insuficiencia de una acción legislativa que aborde de forma completa y actualizada las prestaciones en estudio y, en especial, la pensión de viudedad, continúa siendo una limitación estructural, a la que no es ajena la influencia de ciertos sectores y grupos sociales que siguen anclados en valores y pautas de conducta refractarios al ejercicio de las libertades y derechos propios de un Estado social y democrático, como es el español.

2.º) *Carácter fragmentario de la regulación.* Como consecuencia de una forma aluvional de legislar en materia de Seguridad Social, la regulación de estas prestaciones se halla dispersa a lo largo del tiempo en distintas normas con diverso rango. Ello tiene dos efectos negativos. Por un lado, un efecto de provisionalidad, habida cuenta de la fugacidad e insuficiencia de los criterios regulativos unitarios, no sólo por la abundancia de normas, sino por su ubicación temporal al tratarse de disposiciones pre y postconstitucionales. Conviene recordar a este respecto que todavía conserva parcialmente su vigencia la OM de 13-2-1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

3.º) *Carácter mixto*. Deriva de una regulación en la que confluyen tanto el componente contributivo, como el componente asistencial. El componente contributivo se manifiesta respecto del sujeto causante, que, en términos generales, debe tener cubierto un determinado período de cotización. El componente asistencial se evidencia en la exigencia de determinados requisitos de dependencia económica real o carencia de rentas que han de reunir los beneficiarios, así como en el contenido de algunas de las prestaciones.

4.º) *Carácter prestacional*. Concretado en el reconocimiento de prestaciones dinerarias. De este modo, las prestaciones de muerte y supervivencia aparecen como derecho-prestación, en cuanto característica común de los denominados derechos sociales. A este respecto, la acción normativa del Estado comporta una superior exigencia de intervención pública para lograr su efectividad. Tal exigencia no deriva de una más intensa relevancia intrínseca de estos derechos respecto de los de orden civil y político, sino de dos datos básicos. Por un lado, de la preferente atención que aquéllos dispensan a las necesidades humanas de orden material (en cuanto aquí importa situaciones de necesidad objeto de protección social), posibilitando la integración social y, en consecuencia, el más pleno disfrute de las necesidades de índole inmaterial o anímica que éstos cubren (intimidad personal y familiar, libertad de expresión y asociación...). Por otro, de que la atención de las referidas necesidades materiales implica la remoción por parte de los poderes públicos de obstáculos de orden socioeconómico, que escapan a su control en mayor medida que los impedimentos relacionados con el ejercicio de los derechos de libertad, dando así cumplimiento al mandato de igualdad sustancial constitucionalmente instaurado (art. 9.2 CE).

Considerando precisamente el mayor condicionamiento que tales obstáculos suponen, el fundamento de los derechos sociales y de las prestaciones que de los mismos derivan descansa en los principios de solidaridad y de necesidad, una de cuyas funciones primordiales es la de valorar la justicia de la lógica del mercado y corregirla mediante la acción pública normativa cuando su funcionamiento desconozca o impida el efectivo ejercicio de estos derechos.

5.º) *Carácter diversificado de la acción protectora*. Como sucede con algunas otras prestaciones del Sistema de la Seguridad Social (por ejemplo, IT o IP total para la profesión habitual), la acción protectora en esta materia se diversifica en función de que el hecho causante sea debido a riesgos profesionales o a riesgos comunes. Las diferencias afectan tanto a los requisitos exigidos para el acceso a las distintas prestaciones de muerte y supervivencia, como al contenido de las mismas.

6.º) *Carácter imprescriptible*. El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, excepto el auxilio por defunción, tiene carácter imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (art. 230 TRLGSS).

### 3. HECHOS CAUSANTES

Del concepto delimitador de las prestaciones en estudio deriva la existencia de dos supuestos, identificados legalmente como hechos causantes de las correspondientes situaciones de necesidad: el fallecimiento y la desaparición del sujeto causante.

#### A) *El fallecimiento del sujeto causante*

En este supuesto, el tratamiento es diverso según se trate de riesgos profesionales o comunes (art. 217.2 TRLGSS y art. 2.2 OM de 13-2-1967). A este respecto, se regulan dos situaciones en relación con el fallecimiento real del sujeto causante.

1.ª La de aquellos sujetos causantes que tengan reconocida una IP absoluta o una gran invalidez derivadas de AT o EP, que se considerarán muertos por causa de AT o EP (presunción *iuris et de iure*). La presunción actúa, por tanto, al margen de la causa concreta de la muerte, que puede ser ajena al AT o a la

EP, y del momento en que la muerte ocurra. Esta presunción resulta más favorable para el beneficiario en el momento de determinar la cuantía de la pensión.

2.<sup>a</sup> La de aquellos sujetos causantes que no tengan reconocida una IP absoluta o una gran invalidez derivadas de AT o EP. En tal caso, se parte de la presunción *iuris tantum* de que la muerte se ha debido a riesgo común, salvo que se consiga probar que el fallecimiento ha sido debido a AT o EP y siempre que el mismo haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del AT.

Dicha prueba viene facilitada en el caso de que la muerte se haya producido a consecuencia de un acto terrorista, ya que, en tal caso, el RD 1.576/1990, de 7 de diciembre (art. 2) equipara el régimen jurídico de las pensiones extraordinarias que se reconocen por dicha muerte, con el que se establece en el RG para pensiones de invalidez y supervivencia derivadas de AT, de modo que la muerte por acto terrorista viene a configurarse como hecho causante equiparado al AT.

En el caso de la EP, la prueba de que la muerte ha sido provocada por esta contingencia se admite sin límite temporal, esto es, cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre la declaración de la EP y fallecimiento. Ello es así porque la EP puede tener una prolongada duración y provocar el fallecimiento como consecuencia de un largo proceso patológico, cuya determinación normativa general resulta difícil de establecer.

En ocasiones y a pesar de la evolución jurisprudencial flexibilizadora, la aportación de dicha prueba puede tener cierta dificultad, ya que la diferencia entre AT y accidente común o no laboral no es siempre fácil de trazar. Por ejemplo, la jurisprudencia considera, en principio, accidente común el infarto de miocardio, la muerte producida por sobredosis de droga o por el sida, de modo que, en tales casos, existe un factor externo no vinculado a la prestación de servicios. Pero esta calificación se realiza siempre que estas enfermedades no se contraigan con motivo de la realización del trabajo, pues en tal caso son calificadas como AT [art. 156.2, e) TRLGSS]. Tal calificación se apoya en la amplia dicción del artículo 156.3 TRLGSS, al establecer la presunción *iuris tantum* de que son accidentes de trabajo «las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo». De este modo, el esfuerzo desarrollado durante el trabajo ha de haber sido el factor desencadenante del accidente de trabajo (por ejemplo, el infarto).

### B) La desaparición del sujeto causante

Dos situaciones pueden producirse en este supuesto, según se trate o no de accidente de trabajo o común.

#### a) Desaparición derivada de accidente de trabajo o común (art. 216.3 TRLGSS y art. 7.1 OM 31-7-1972)

a') En este caso, se sigue el régimen jurídico especial regulado en dichos preceptos, que establece plazos más breves que los previstos en el ordenamiento civil para la declaración judicial de fallecimiento, dado que en dicho ordenamiento tal declaración (es decir, la presunción *iuris tantum* de muerte) tiene importantes consecuencias respecto del Derecho hereditario. De esta forma no se demora por largo tiempo el reconocimiento de las prestaciones.

Esta regulación más favorable supone que los trabajadores que hayan desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los 90 días naturales siguientes al del accidente, serán considerados como sujetos causantes de las prestaciones de muerte y supervivencia, exceptuándose tan sólo el auxilio por defunción porque la finalidad de éste es la de paliar los gastos del sepelio, lo que aquí no se han producido. La presunción es *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.

Para que este plazo reducido entre en juego es necesaria la ausencia de indicios de los que pueda inferirse que se trata de una desaparición voluntaria. Ello implica que para que la presunción opere debe

acreditarse que tal desaparición se ha producido en circunstancias que, de modo verosímil, pudieron provocar un accidente. No basta pues con la mera alegación.

En este caso, el beneficiario puede solicitar el reconocimiento de la correspondiente prestación de muerte y supervivencia dentro de los 180 días naturales siguientes a aquel en el que termine el referido plazo de 90 días. Transcurrido ese plazo de 180 días, se produce la caducidad de la acción, lo que implica la aplicación de los plazos establecidos para la declaración de fallecimiento en el CC. A este respecto, el artículo 7.3 de la OM de 31-7-1972 establece que transcurrido el plazo de 180 días sin haber solicitado la prestación es necesaria la declaración de fallecimiento, en los términos del Código Civil. No obstante, la jurisprudencia ha declarado la invalidez e ineficacia de este requisito dado que incurre en exceso *ultra vires* (STS 15-12-2004), pues la solicitud extemporánea únicamente tiene efectos en relación a la fecha de comienzo del percibo de la prestación, que en este último caso se retrotraería únicamente hasta a los tres meses a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (art. 230 TRLGSS), sin que reglamentariamente pueda añadirse un requisito adicional para generar la prestación, como es la declaración de fallecimiento.

En los términos de dicha resolución judicial «lo que hace el artículo 7.2 de la Orden de 31 de julio de 1972... es establecer un nuevo requisito —“la previa declaración de fallecimiento”— para un determinado supuesto (la presentación de la solicitud después de transcurridos los mencionados 180 días) y a unos determinados efectos (el reconocimiento de la prestación: “a efectos del reconocimiento de prestaciones por muerte y supervivencia”, dice el texto reglamentario). Es claro que dicha norma reglamentaria va más allá de la previsión legal, que para nada habla de establecer nuevos requisitos para el reconocimiento de la prestación. Tal reconocimiento se produce, por disposición de Ley (el mencionado art. 172.3 LGSS) por el hecho de la desaparición sin noticias posteriores en circunstancias que hacen presumir su muerte. Así, lo que queda para la norma reglamentaria —a partir del expresado precepto legal— es regular la retroacción de los efectos económicos de la prestación». Dada la fecha de dicha resolución judicial, en la misma se cita el artículo 172.3 LGSS, hoy sustituido por el artículo 216.3 TRLGSS, tal como se ha señalado.

b') Una vez reconocido el derecho a la correspondiente prestación pueden abrirse dos posibilidades:

1.<sup>a</sup>) Que se compruebe con posterioridad la muerte del causante o se declare judicialmente su fallecimiento (en este caso porque sus herederos han instando el correspondiente procedimiento civil). En tal caso, se entienden convalidadas las prestaciones reconocidas, ya que la presunción de muerte ha sido confirmada.

2.<sup>a</sup>) Que se compruebe con posterioridad que el trabajador no falleció en accidente. Como regla, esta comprobación sólo da lugar a la extinción de las prestaciones reconocidas a partir del momento en que se produzca esa comprobación, aplicándose aquí el *principio in dubio pro beneficiario*.

Ahora bien, si de esa comprobación se desprende que ha habido dolo o fraude por parte del trabajador causante o de los beneficiarios, debe procederse al reintegro de las prestaciones sin perjuicio de las responsabilidades de carácter penal que pudieran existir. El problema se suscita cuando el causante ha actuado con dolo o fraude pero los beneficiarios no. En este caso, la doctrina científica entiende que los beneficiarios de buena fe no deben reintegrar las prestaciones percibidas.

b) Desaparición no derivada de accidente de trabajo o común (arts. 193 a 197 CC)

La carencia de una regulación específica a este respecto en el ordenamiento de la Seguridad Social, determina la aplicación del Código Civil como ordenamiento supletorio. En éste se contempla la declaración judicial de fallecimiento (arts. 193 a 197). Como ya se indicó, los plazos son aquí más amplios, aunque existen diferencias en los mismos, derivadas de los distintos supuestos en los que puede realizarse la declaración judicial de fallecimiento.

a') Desaparición prolongada sin riesgo de muerte. Tiene lugar bien cuando han transcurrido diez años desde las últimas noticias del ausente o, a falta de éstas, desde su desaparición, o bien cuando han



transcurrido cinco años desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, siempre que al finalizar este plazo el ausente hubiera cumplido los setenta y cinco años de edad.

b') Desaparición producida con ocasión de un riesgo inminente de muerte por causa de siniestro o de violencia contra la vida. Cuando se trata de causa de violencia contra la vida ha de haber transcurrido un año sin tener noticias. Si la desaparición es por causa de siniestro, el período de tiempo sin noticias es de tres meses.

c') Desaparición en otras circunstancias. Se trata de circunstancias legalmente delimitadas.

- Operaciones de campaña, perteneciendo a un contingente armado, o en calidad de funcionario auxiliar voluntario, o en funciones informativas. Dos años desde la fecha del tratado de paz o, en su defecto, desde la declaración oficial del fin de la guerra.
- Encontrarse a bordo de una nave naufragada o desaparecido por inmersión en el mar. Tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haber tenido noticias.
- Encontrarse a bordo de una aeronave siniestrada. Tres meses desde la comprobación del siniestro sin haber tenido noticias o, en caso de haberse encontrado restos humanos, éstos no hubieran podido ser identificados.

#### 4. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Comoquiera que el fallecimiento o la desaparición del trabajador o pensionista constituyen los hechos causantes en las prestaciones de muerte y supervivencia, será la fecha del fallecimiento o de la declaración judicial de la desaparición cuando habrán de concurrir los siguientes requisitos:

a) Estar el trabajador afiliado, en alta o situación asimilada al alta (arts. 217.1, a) TRLGSS, 2.1 y 2.4 OM 13-2-1967).

b) Ser perceptores de los subsidios por IT: riesgo durante embarazo, maternidad o riesgo durante la lactancia, siempre que cumplan el período de cotización que, en su caso, se haya establecido [art. 217.1, b) TRLGSS].

c) Ser pensionistas de IP y jubilación en su modalidad contributiva [art. 217.3 TRLGSS].

d) Acreditar el período de cotización establecido. No obstante, ha de tenerse en cuenta que para las prestaciones de orfandad y auxilio por defunción no se exige período alguno de cotización previa cuando el hecho causante derive de enfermedad común, y que tampoco se exigirá dicho período en el caso de que el hecho causante tenga su origen en accidente, sea o no de trabajo, o en enfermedad profesional (art. 165.4 TRLGSS).

Las reglas de cómputo para acreditar el período de cotización en el caso de los contratos a tiempo parcial son las mismas que las establecidas en este supuesto para la jubilación contributiva, bien que referidas naturalmente a la situación de muerte y supervivencia (Capítulo 11, II, 3, b).

#### 5. CONTENIDO Y DINÁMICA DE LAS PRESTACIONES

##### A) *Auxilio por defunción*

El auxilio por defunción consiste en una prestación a tanto alzado que el beneficiario recibe de manera inmediata, con el objeto de compensar los gastos derivados del sepelio del causante (arts. 218 TRLGSS y 4 OM 13-2-1967).

La prestación se fijó inicialmente en 30,05 euros (6, a) OM 13-2-1967). Estaba previsto que esa exigua cantidad se incrementara en un 50 por 100 a razón de un 10 por 100 anual a partir de 1-1-2008 (Disp. Adic. 10.<sup>a</sup> Ley 40/2007). derogada por la Disp. Derogatoria segunda LPGE-2016). Para 2016, le corresponde una cuantía actualizada de 46,50 €, que, como es evidente, está muy alejada de la posibilidad real de afrontar los gastos del sepelio. Como ya se ha señalado, para el percibo de la prestación no se ne-

cesita que el causante tenga cubierto un período mínimo de carencia, presumiéndose que los gastos del sepelio han sido satisfechos por el cónyuge superviviente o el sobreviviente en una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221 TRLGSS, por los hijos convivientes o por los demás parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente, o por la persona que se hubiese hecho cargo de los mismos (arts. 218 TRLGSS, 5.1 y 6, b) OM 13-2-1967).

El derecho a esta prestación prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente al del fallecimiento.

## B) Pensión de viudedad

### a) Beneficiarios: reglas comunes

La pensión de viudedad tiene dos modalidades: pensión vitalicia y prestación temporal. De la pensión vitalicia serán beneficiarios el cónyuge supérstite o la persona superviviente vinculada como PNMLC con independencia de su sexo, debiendo acreditar en este segundo caso determinada insuficiencia de ingresos (arts. 219.1 y 221.1 TRLGSS), si bien la jurisprudencia constitucional no ha considerado contrario a la CE, al tratarse de una legítima opción legislativa, que no se reconozca como beneficiario de la pensión a la persona superviviente que carecía bien de vínculo matrimonial hasta que se produjo la regulación del matrimonio homosexual por la Ley 13/2005, bien del reconocimiento a las PNMLC de dicha condición de beneficiario mediante la Ley 40/2007 (SSTC 92/2014 y 93/2014, ambas con voto particular). De la pensión temporal tan sólo es beneficiario el cónyuge supérstite (art. 222 TRLGSS), sin que, por tanto, pueda acceder a la misma el superviviente de PNMLC que no alcance los períodos de convivencia exigidos por la ley para causar derecho a la pensión de viudedad ordinaria; trato diferencial desprovisto de objetividad y razonabilidad, habida cuenta de que el fundamento de la pensión, proteger la situación de necesidad del superviviente, es idéntico para ambas clases de vínculo afectivo, matrimonial o fáctico legalizado.

Sin embargo, al superviviente de PNMLC que acredite los requisitos establecidos y el fallecimiento del causante se hubiera producido antes de la vigencia de la LMSS, no puede denegársele la pensión de viudedad especial regulada en la Disp. Adic. Tercera de dicha norma por incumplir el requisito exigido en el apartado c) de la misma, según el cual el causante y el beneficiario debían tener hijos en común. Conforme a la doctrina constitucional, esta exigencia "constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), pues la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, «relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial que regula, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes» (STC 41/2013, reiterada en la STC 188/2014).

Para que estos beneficiarios puedan acceder a la pensión de viudedad en sus correspondientes modalidades, es necesario que el sujeto causante reúna en el momento del fallecimiento los requisitos siguientes (art. 219.1 TRLGSS):

- ✦ Estar en alta o situación asimilada al alta y acreditar un período de carencia de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.
- ✦ En el supuesto de estar en situación de alta o asimilada pero sin obligación de cotizar, el período de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

- ✦ Si el causante, en el momento del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta generará derecho a la pensión siempre que hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

#### b) Beneficiarios con vínculo matrimonial

Considerando la distinta clase de vínculo que permite a los beneficiarios el acceso a la pensión de viudedad, la ley establece reglas especiales para el cónyuge superviviente respecto del disfrute de la misma (art. 219.2 TRLGSS).

- ✦ Si el fallecimiento del causante hubiera sido como consecuencia de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, o que existan hijos comunes.
- ✦ No será necesario el requisito anterior cuando en la fecha de celebración del matrimonio se pruebe un período de convivencia acreditada con el causante que sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años.

En los casos de ruptura del vínculo matrimonial, serán beneficiarios de la pensión de viudedad (art. 220.1 TRLGSS):

- ✦ Los separados o divorciados que reúnan los requisitos en cada caso exigidos, que sean o hayan sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho.
- ✦ Además, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria, y ésta quedara extinguida a la muerte del causante, salvo en los supuestos previstos en la Disposición Transitoria 13ª, 1 TRLGSS (cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la del fallecimiento del causante de la pensión haya transcurrido un período no superior a diez años; el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años; existan hijos comunes y el separado o divorciado tenga una edad superior a 50 años) para hechos causantes anteriores al 1-1-2008.
- ✦ Asimismo, se consideran beneficiarios de la pensión de viudedad a los divorciados o separados judicialmente que, sin reunir los requisitos anteriores, tengan 65 años o más, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años (Disp. Trans. 13ª, 2 TRLGSS).
- ✦ En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de la violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, o, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de dicha violencia, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 220.1 TRLGSS).

La prestación temporal de viudedad se reconoce con una duración de dos años y en idéntica cuantía que la pensión vitalicia de viudedad al cónyuge superviviente que no pueda acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes (art. 222 TRLGSS).

#### c) Beneficiarios con vínculo como pareja de hecho

El reconocimiento de la pensión de viudedad al superviviente de la pareja de hecho se supedita a la observancia de ciertos requisitos especiales que, en su mayoría, desvirtúan o limitan injustificadamente el avance que supone la aceptación normativa de la realidad social de tales uniones, orillando así un tratamiento igualitario con el cónyuge superviviente, que la CE no sólo no prohíbe, sino que impone una vez

que el legislador decide aceptar la realidad social de tales uniones fácticas a efectos de dicha pensión. De acuerdo con la lógica reformadora en este punto, pueden distinguirse dos tipos de requisitos: requisitos identificativos y requisitos económicos. A su vez, los requisitos identificativos experimentan una doble diferenciación acorde con la distribución territorial de competencias afectadas por la materia objeto de regulación, lo que permite referirse al ámbito territorial sujeto al ordenamiento común y al ámbito autonómico con Derecho Civil propio en relación a esa primera clase de requisitos específicos.

a') Requisitos identificativos en el ámbito territorial sujeto al ordenamiento común

En el TRLGSS, el acceso a la pensión como beneficiario superviviente de pareja de hecho exige que éste se encuentre unido al causante en el momento del fallecimiento como tal pareja. Como quiera que no existe un concepto legal de esta figura con alcance genérico para todo el ordenamiento, dicha norma establece una noción aplicable en el territorio estatal sujeto al ordenamiento común, aunque formulándolo sólo a efectos de la referida pensión. Esa noción legal viene moldeada por determinados requisitos: relación de afectividad, carencia de impedimentos, convivencia como pareja de hecho y constitución legal como tal pareja de hecho (art. 221.1 TRLGSS).

a") *Relación de afectividad*. La identificación de la pareja de hecho exige, en primer término, la presencia de una «análoga relación de afectividad a la conyugal». Este requisito no debe entenderse como discriminatorio en relación con su inexigencia para la válida constitución del matrimonio. Su sentido hay que buscarlo en el designio excluyente de cualquier otra relación de hecho que una pareja pueda establecer, dotada o no de lazos de afectividad, ya sea por motivos amicales, de estudio, culturales o de carácter similar. Que éste es el sentido del requisito lo corrobora el hecho de su inviable verificación probatoria de modo pleno al ser tan sólo presumible aquella relación afectiva a partir de determinada conducta de los miembros de la pareja de hecho.

b") *Carencia de impedimentos*. Las personas que se constituyan como pareja de hecho no han de tener impedimento para contraer matrimonio. Dado que la norma no distingue, hay que entender que están aquí incluidos tanto los impedimentos absolutos (art. 46 CC: minoría de edad y previo vínculo matrimonial), como los impedimentos relativos (arts. 47 y 56, párrafo 2.º, CC: parentesco, impedimento de crimen y discapacidad psíquica). La ausencia de estos impedimentos está ciertamente justificada, pues no existe razón objetiva alguna para no exigirlos desde el momento en que la pareja de hecho ha de estar legalizada a efectos de obtener la pensión de viudedad.

Junto a la exigencia anterior, la ley exige adicionalmente que los miembros de la pareja de hecho tampoco tengan vínculo matrimonial con otra persona. *Prima facie* esta exigencia parece redundante al estar implícita en la anterior respecto del impedimento absoluto del previo vínculo matrimonial. Como quiera que la redundancia sería muy burda, presumiendo en el legislador cierta racionalidad podría entenderse, no obstante, que el impedimento absoluto se ciñe al período de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante (cinco años), y que esta otra exigencia viene referida a la ausencia de vínculo matrimonial durante el lapso que transcurre entre el fallecimiento y la fecha anterior a la del reconocimiento de la pensión, puesto que tal reconocimiento constituye al superviviente en beneficiario de la misma, de modo que si, a partir de ese momento, éste contrajese matrimonio con otra persona dicho vínculo matrimonial extinguiría la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 223.2 TRLGSS. Por lo demás y según señala la STC 44/2014, a la que siguen en el mismo sentido las SSTC 45, 51 y 6/2014, «procede descartar que resulte contrario al art. 14 CE el inciso “no tengan vínculo matrimonial con otra persona” del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, como presupuesto para que se pueda ostentar la condición de pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la pensión de viudedad regulada en dicho precepto», presupuesto previo de carácter subjetivo que supone «una opción libremente adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracio-

nal», dado que «el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio...».

Por otra parte, el requisito de carencia de impedimentos que ahora se considera omite una previsión de indudable trascendencia práctica. La misma alude al requisito, incluido en algunas normas autonómicas, referido a la inexistencia de vínculo actual como pareja de hecho con otra persona para acceder a la pensión. La mención podría parecer ociosa desde la perspectiva de que la poligamia sólo está prohibida para la relación matrimonial y por el momento no podría considerarse como ilícito penal el hecho de tener ya otro vínculo actual como pareja de hecho, esté o no legalmente constituida, dada la interdicción de la analogía en materia penal (art. 4.1 CP). Pero la previsión no es baladí y su falta debiera resolverse acudiendo a la analogía, pero en el marco del ordenamiento social, y exigiendo la inexistencia de vínculo actual como pareja de hecho con otra persona para el reconocimiento de la pensión, del mismo modo que tampoco puede existir previo vínculo matrimonial a estos efectos. En ambos casos, la identidad de razón es invariable: la implícita admisión de que el nuevo matrimonio o la nueva convivencia como pareja de hecho eliminan para el beneficiario la situación de necesidad que está en la base de aquel reconocimiento, aunque ello sea discutible teniendo en cuenta que la situación de necesidad cubierta por la pensión se considera presunta, de modo pleno respecto del matrimonio y de forma más matizada en virtud del requisito económico exigido para la pareja de hecho.

c”) *Convivencia como pareja de hecho*. La nueva regulación exige a la pareja de hecho una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida de un mínimo de cinco años. Esta exigencia plantea problemas de constitucionalidad. En efecto, si la situación de necesidad que se pretende cubrir con la pensión es la misma para la pareja matrimonial que para la pareja de hecho, esto es, el defecto de ingresos o lucro cesante que provoca el fallecimiento del causante, no resulta objetivo ni razonable exigir un período de convivencia a la pareja de hecho que no se pide para la pareja matrimonial. Conviene recordar, a este respecto, que con la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (Disp. Adic. 10.<sup>a</sup>) se derogó el requisito de la convivencia exigido en el artículo 160.1 LGSS-1974 respecto de la PV derivada de matrimonio.

Con la exigencia de esta suerte de «noviazgo obligatorio», de rancio sabor en la sociología de la familia, el legislador prescinde para las parejas de hecho de la finalidad constitucionalmente admitida para las situaciones de necesidad del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE), dando un tratamiento menos protector en este punto a la familia extramatrimonial, olvidando que ésta merece por parte de los poderes públicos la misma garantía de protección social, económica y jurídica que la constituida por el matrimonio, conforme resulta del artículo 39 CE.

La acreditación de este período de convivencia estable, notoria e ininterrumpida, se ha de instrumentar mediante certificado de empadronamiento. Pero el irrazonable afán controlador de que hace gala en este punto el TRLGSS es, a la postre, ineficaz como elemento probatorio de la convivencia, porque, como es evidente, la estabilidad, la notoriedad y la continuidad ininterrumpida de la misma no quedan en modo alguno garantizadas con aquel certificado, que aparece así como una traba burocrática producto del recelo injustificado de la norma. Y es que, en efecto, la razón última de que se exija este período de convivencia y su acreditación reposa en la desconfianza prejuiciada que todavía existe por parte del legislador respecto de la seriedad en la formación y finalidad de las parejas de hecho. Porque no se trata aquí de la objetiva exigencia de acreditar la constitución de éstas, del mismo modo que se exige para la unión matrimonial. Por el contrario, el requisito que se analiza se adentra en la discriminación prohibida al requerir el citado período para las parejas de hecho sin causa explícita que lo justifique, y perando así de forma diversa al supuesto del matrimonio, en el que la convivencia se presume una vez que se ha celebrado legalmente, salvo prueba en contrario (art. 69 CC).

d”) *Constitución legal como pareja de hecho*. Este requisito apunta a la necesaria verificación de que la pareja de hecho existe legalmente, es decir, que se ha constituido como tal ante el Derecho. Como acaba de señalarse, ello es plenamente objetivo y razonable si se contrasta con la regulación del matrimonio,



cuya existencia precisa de su inscripción en el correspondiente registro, ya se trate de matrimonio civil (art. 62, párrafo 1.º, CC), ya de matrimonio celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en el correspondiente registro (art. 63 en relación con los arts. 59 y 60 CC). Esta exigencia resulta también coherente como presupuesto de ejercicio de los derechos derivados de la pensión de viudedad, que están condicionados a la existencia legal de la pareja de hecho.

De acuerdo con dispuesto en la ley, la acreditación de la existencia de la PNMLC puede hacerse por dos medios: bien mediante certificación de la inscripción en los registros específicos existentes en las CCAA o Ayuntamientos del lugar de residencia, bien, en supuestos de inexistencia de dicha inscripción, mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. El problema, desde el ángulo constitucional, estriba en que también en la conformación legal de la PNMLC el legislador exige el transcurso de un determinado período de tiempo para permitir el acceso a la pensión. De este modo, tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público «deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante» (art. 221.2 TRLGSS). Por consiguiente, la ley exige la convivencia de cinco años ininterrumpidos como pareja de hecho con carácter inmediato al hecho causante, de los cuales al menos dos deben acreditarse como PNMLC. Esta antelación de dos años tampoco se establece para la pareja matrimonial, ni incluso en el supuesto específico introducido por la Ley 40/2007, y hoy recogido en el artículo 219.2 TRLGSS, de que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común contraída con anterioridad al matrimonio, en cuyo caso sólo se requiere que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación a la fecha del fallecimiento.

Se refuerza así el tratamiento desigual dispensado a la pareja de hecho, para el que tampoco se ofrece en este caso justificación objetiva y razonable. Late aquí el prejuicio ideológico de que el matrimonio cumple una función social inexistente en las restantes uniones de hecho. Se olvida con ello que los progresivos cambios que ha venido experimentado la institución familiar en el matrimonio de forma paralela a la consecución de mayores cotas de libertad e igualdad por parte de la mujer (predominante vinculación por razones afectivas y libertad de elección de pareja, igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges, familia nuclear, institucionalización del divorcio, hogares monoparentales...), corren paralelos con la extensión y amplia admisión social de formas de convivencia como pareja de hecho, lo que permite a ésta cumplir también con eficacia la función social que tradicionalmente viene desarrollando el matrimonio. La Constitución de 1978 acoge paradigmáticamente esta evolución, no siempre bien entendida, pues una cosa es la indudable existencia de una garantía institucional para el matrimonio (art. 32.1 CE) y otra bien distinta considerar que otras formas de unión afectiva, estable y acreditada no pueden alcanzar una garantía equivalente de la mano del legislador ordinario y con el fundamento, también constitucional, de la protección social, económica y jurídica de la familia, matrimonial o no (art. 39.1 y 2 CE) y de la concordante promoción por los poderes públicos de las formas de convivencia estable que objetivamente puedan encuadrarse en la institución familiar (art. 9.2 CE).

Sin embargo, las SSTC 45, 51 y 60/2014 consideran, por una parte, que los mencionados requisitos formales acreditativos de la inscripción como pareja de hecho o su constitución mediante documento público no vulneran «el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE)», puesto que «que el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio», y, por otra, que la constitución formal de la pareja de hecho con la citada antelación mínima, «no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social».

b') Los requisitos identificativos en el ámbito autonómico con Derecho Civil propio

Como regla supletoria, el artículo 174.3, párrafo 5.º, LGSS, en la redacción de la Ley 40/2007, establecía hasta su declaración de inconstitucionalidad por la STC 40/2014 a la que luego se hara referencia que en las CCAA con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica. Esta regla generaba a un sector de la doctrina científica dudas aplicativas y serios problemas de tratamiento jurídico en el reconocimiento de la pensión desde la óptica del principio de igualdad, en razón de las competencias normativas que se establecen en la Disposición Final 1.ª LMSS a este propósito.

La primera duda surgía respecto de la determinación de la materia o materias sobre la que recae las competencias normativas estatal y autonómica. Tres opciones eran posibles: la legislación laboral, la legislación civil o ambas legislaciones en concurso. Tal como aparecía redactada la norma, el legislador parecía acoger la tercera opción. Ello por dos razones básicas. De un lado, porque la conceptualización y acreditación de la pareja de hecho que realiza la LMSS lo era a efectos de lo establecido en el artículo 173.3 LGSS —según disponía expresamente su párrafo 4.º—, es decir, a efectos de configurar los presupuestos del hecho causante de la pensión de viudedad. Siendo ésta una prestación de la Seguridad Social, no es dudoso que se trata del ejercicio de una competencia sobre la legislación básica de la Seguridad Social atribuida en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.17.ª CE. Entendimiento que confirma la Disposición Final 1.ª LMSS al establecer para el conjunto de esta norma el carácter de legislación básica en esta materia. De otro, por cuanto, asimismo, el artículo 174.3, párrafo 5.º, LGSS remitía al Derecho Civil propio de las CCAA que cuenten con él, «la consideración de la pareja de hecho y su acreditación». Lo que resulta acorde con lo previsto en el artículo 149.1.8.ª CE. En consecuencia, por expreso mandato de la LMSS, las CCAA con Derecho Civil propio ejercían su competencia respecto de «la consideración de la pareja de hecho y su acreditación» al amparo de este sector del ordenamiento (art. 149.1.8.ª CE), sin que por tanto desplieguen en este punto competencia alguna de desarrollo de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17.ª CE).

Estando presentes por tanto ambas legislaciones en la regulación de un mismo sector de la realidad social, delimitado por las parejas de hecho a efectos de la pensión de viudedad, un segundo interrogante suponía determinar hasta qué punto la norma estatal (la legislación básica de la Seguridad Social configurada por la LMSS) y la norma autonómica (Derecho civil propio de las CCAA) podían aplicarse conjuntamente a la realidad social normada o si existía alguna determinación constitucional en virtud de la cual alguna de ellas había de ceder el paso en su aplicación a favor de la otra. Atendiendo a lo prescrito a este respecto por el legislador, se podía alcanzar una primera conclusión firme: la habilitación por la ley a las CCAA con Derecho Civil propio a fin de que «la consideración de la pareja de hecho y su acreditación» se llevara a cabo de conformidad a lo que estableciera su legislación específica se regulaba con un límite expreso, que venía referido al cumplimiento del requisito de la convivencia por parte de esta legislación. Dicho de otro modo, el requisito de la convivencia no podía ser objeto de acción normativa específica autonómica con arreglo al Derecho Civil propio al tratarse de un aspecto sujeto a una reserva competencial exclusiva a favor del Estado que corresponde a la legislación básica de la Seguridad Social (art. 149.1.17.ª CE). Resultaba así intangible para la misma la determinación de la convivencia estable, notoria e ininterrumpida desde el fallecimiento del causante no inferior a cinco años, así como, y aunque la norma no lo diga expresamente, la forma de acreditar tal convivencia mediante certificado de empadronamiento, habida cuenta de la estrecha conexión sistemática entre ambas prescripciones y de la necesaria uniformidad que la regulación de esta materia requería atendiendo a la doctrina constitucional. De esta forma, la LMSS fraccionaba los requisitos del hecho causante de la pensión para las parejas de hecho, atribuyendo unos a la competencia estatal y otros a la competencia autonómica.

Dicha atribución planteaba un problema de constitucionalidad, porque mediante la misma se invadía de forma inevitable la competencia exclusiva estatal sobre la legislación básica de la Seguridad Social,

que comprende, entre otras submaterias específicas, los requisitos, el alcance y el régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social.

Este criterio doctrinal no suponía desconocer el ámbito constitucionalmente reservado a las CCAA respecto de la legislación no básica de la Seguridad Social, ya que el hecho de que el área material de lo básico haya de ser amplia a fin de lograr una regulación uniforme de la materia, «no implica necesariamente que la legislación dictada sobre lo básico utilice en todo caso el mismo criterio de amplitud descendiendo al detalle en la regulación» (STC 61/1997). Ahora bien, tal criterio sí permitía afirmar que las CCAA no podían contravenir ni desconocer los principios y las bases establecidas por la legislación del Estado en materia de Seguridad Social, no ya cuando existe una distribución concurrente de competencias sobre una misma materia —sería el caso de la legislación básica y no básica de la Seguridad Social—, sino cuando sobre una misma submateria confluyen competencias pluridisciplinarias, derivadas de distintos títulos competenciales, lo que aquí sucedía con la legislación básica de la Seguridad Social y con el Derecho Civil propio de las CCAA que cuentan con él. De forma que la regulación por la norma autonómica, a partir de su ordenamiento civil, de «la consideración de la pareja de hecho y su acreditación» conforme al artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE estaba confluyendo en la regulación objetada con la legislación básica de la Seguridad Social, que es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE.

La resolución de este problema competencial creado por el propio legislador de forma gratuita y del que derivaba la inviable aplicación conjunta de la norma autonómica y la norma estatal en este punto por mucho que el anulado artículo 174.3, párrafo 5.º, LGSS estableciera una remisión supletoria a la primera, exigía acudir a los criterios generales utilizados por la doctrina constitucional para estos supuestos de confluencia competencial sobre un mismo sector o ámbito de la realidad social normada. Tales criterios venían y vienen definidos por la finalidad de la competencia y por la especialidad de la misma, habiendo sido identificados tempranamente por la STC 71/1982, de 30 de noviembre.

La aplicación del criterio de la finalidad de las competencias confluyentes sobre distintas materias supone considerarlas desde el ángulo de la competencia transversal atribuida en exclusiva al Estado para «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE). De este modo, el principio constitucional de igualdad (art. 149.1.1.<sup>a</sup>), reflejado en esa competencia transversal, actúa una función declarativa de los fines que deben alcanzar las competencias estatales y del límite insuperable que tienen las autonómicas. En este caso, el ejercicio de la competencia autonómica al regular el concepto de la pareja de hecho y su acreditación haciendo uso de sus competencias en materia de Derecho Civil propio, afectaba directamente al principio constitucional de igualdad que, en el ámbito de la crítica doctrinal, pretende asegurar de forma concreta la atribución al Estado de la legislación básica sobre la Seguridad Social y, más en concreto, la normación de los requisitos que permiten identificar y acreditar las parejas de hecho y, por tanto, acceder a la pensión de viudedad.

En este sentido y por lo que toca a la diversa identificación conceptual de la pareja de hecho, de modo ejemplar cabe mencionar que en Cataluña sólo se exige la mayoría de edad (art. 1.1 Ley 10/1998, de 15 de julio), en tanto que en el País Vasco, la exigencia comprende la mayoría de edad o la minoría con emancipación (art. 2.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo). En esta misma línea divergente se sitúa el requisito relativo la convivencia: en Cataluña se establece un período ininterrumpido de dos años con convivencia marital u otorgamiento de escritura pública sin plazo de convivencia (art. 1.1 Ley 10/1998), en tanto que en el País Vasco sólo se hace referencia a la inscripción como pareja de hecho en el Registro de la CA o en los registros municipales que cuenten con ellos, sin plazo de convivencia (art. 3 Ley 2/2003). Las diferencias reguladoras también alcanzan a la distinta forma de acreditar la existencia de la pareja de hecho. A guisa de ejemplo, bien se permite realizar tal acreditación a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3 de la Ley Navarra 6/2000, de 3 de julio), lo que incluiría documentos privados contradiciendo así el tenor literal de la LMSS, o bien se concretan determinados documentos a estos efectos:

escritura pública, acta de notoriedad o documento judicial (art. 32 de la Ley de Aragón 6/1999, de 26 de marzo), ampliando así el catálogo acreditativo respecto del establecido en la LMSS.

La utilización del criterio de la especialidad conducía al mismo resultado aplicativo. De acuerdo con la doctrina constitucional, este criterio «determina que la inclusión en regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial...» (STC 71/1982). No resultaba dudoso que la regulación autonómica de las parejas de hecho se configuraba, a estos efectos, como regla general encuadrada en una normativa cuyo alcance material u objetivo abarcaba el completo régimen jurídico de las uniones de hecho en el ámbito autonómico, siendo así más amplio que el determinado por la legislación estatal, que disciplina, de modo específico, un concreto aspecto de una prestación de la Seguridad Social, cual es, la configuración de los requisitos del hecho causante de la PV a la que pueden acceder las PNMLC. Por consiguiente, conforme a este segundo criterio la LGSS había de aplicarse no ya de modo preferente, sino de forma exclusiva en este concreto extremo.

En suma, no se consideraba constitucionalmente admisible una regulación diferenciada de los citados requisitos por las CCAA con Derecho Civil propio, pues ello conduciría a reconocer o denegar la PV al beneficiario de la misma en cuanto superviviente de una pareja de hecho en función de la normativa autonómica que resultara aplicable a estos efectos, lo que pugnaba con el respeto a los principios de igualdad territorial (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE), de solidaridad e igualdad que fundamentan el Sistema público de la Seguridad Social (art. 2.1 LGSS), cuya preservación tiene encomendada señaladamente la norma estatal al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.17.<sup>a</sup> CE y 38.4 LGSS.

Semejante conclusión se alcanzó en la STC 40/2014, (seguida en este extremo por la STC 45/2014) precisándose que «el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad... Lo contrario conduce al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE.». Adicionalmente, dicha sentencia señala que «la aplicación del párrafo cuestionado puede conducir además a un resultado desproporcionado, pues dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión». Todo ello permite concluir al TC «que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho», de modo que, para el TC, procede «declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE»; declaración que «en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme».

### c') Los requisitos económicos

Junto a los requisitos identificativos de las parejas de hecho, el TRLGSS exige asimismo al superviviente de dicha unión que se halle en una determinada situación económica, en este caso con carácter común para todo el ordenamiento y el territorio, preservándose aquí acertadamente el principio de igualdad. Dicha situación se concreta en determinados límites de ingresos, susceptibles de estructurarse en tres supuestos diferenciados (art. 221.1 TRLGSS).



1.º En el primer supuesto el beneficiario ha de acreditar que durante el año natural anterior al fallecimiento del causante sus ingresos no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los ingresos propios y los del causante en ese mismo lapso temporal. Se consideran ingresos en un sentido amplio «los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones» establecidos en el artículo 59», que, como ya se sabe, delimita los requisitos para tener derecho a la percepción de dichos complementos.

Aunque la norma no lo diga, incurriendo así en un defecto de redacción evidente, en este supuesto hay que entender que se parte de la existencia de hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad (PO), ya que el límite de ingresos es más elevado que en el segundo supuesto, en el que sí se menciona de forma expresa a la inexistencia de hijos comunes con derecho a PO. La mayor dificultad en el acceso a la PV en este supuesto podría explicarse quizás en el entendimiento legal de que el beneficiario de la misma no ha de hacer frente en la misma medida que en el segundo supuesto a los gastos de la unidad familiar, al contar aquí con los ingresos derivados de la PO.

Por otra parte, podría suscitar dudas adicionales el caso de que el hijo o los hijos con derecho a la pensión de orfandad (PO), sean de uno solo de los miembros de la pareja de hecho y convivan con el beneficiario. En tal caso, habría de aplicarse el mismo porcentaje del 50 por 100 teniendo en cuenta que, de no hacerse así, se produciría un trato desigual injustificado que discriminaría en el acceso a la PV sobre la base de que los hijos con derecho a la PO no fueran comunes aun conviviendo con el beneficiario de la PV.

2.º En el segundo supuesto, cuando no hay hijos comunes con derecho a la PO (menores de 21 años o mayores incapacitados para el trabajo, menores de 25 años que no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o que, efectuándolo, sus ingresos en cómputo anual sean inferiores al SMI vigente también en cómputo anual, y menores de 24 años huérfanos absolutos en iguales casos respecto del trabajo y los ingresos) ese límite se reduce al 25 por 100 de la suma de los ingresos propios y los del causante, facilitándose de este modo el acceso a la PV por la razón inversa a la apuntada para el anterior supuesto.

Varias censuras han merecido estos dos supuestos en la doctrina científica. La primera es de carácter cuantitativo y subraya el resultado sobre o infraprotector que supone fijar un límite máximo de ingresos de los miembros de la pareja de hecho registrada para acceder a la PV, al margen de la cuantía que alcancen tales ingresos que, como es obvio, puede ser muy distinta en cada caso. Mantiene, pues, el legislador para estas uniones extramatrimoniales la finalidad compensatoria de un daño derivado de la falta de ingresos del causante que ha establecido la doctrina constitucional para la PV, sin consideración alguna por tanto a la situación de necesidad real del beneficiario. Pero el mantenimiento de dicha finalidad se articula aquí sobre la base de un trato discriminatorio, ya que la desigualdad en la protección del beneficiario está desprovista de una justificación objetiva y razonable, habida cuenta de que «la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, de 25 de enero, FJ 3). La finalidad de compensar aquel daño se instrumenta en este caso mediante la fijación del referido límite de ingresos (medida adoptada), lo que genera unos efectos desproporcionados pues en unos casos resultarán protegidos beneficiarios cuando la PNMLC haya contado con elevados ingresos y, en otros, quedarán fuera de protección beneficiarios en el supuesto nada inverosímil de que sus ingresos resulten escasos.

El segundo reparo se refiere al distinto tratamiento de la PNMLC con relación al matrimonio respecto de los mencionados supuestos delimitadores de su situación económica. Aunque la finalidad compensatoria de un daño atribuida a la PV también se mantiene para el beneficiario de la PNMLC, sin embargo, a éste se le exige acreditar una situación económica que no se establece con carácter general para el matrimonio, con la excepción del específico supuesto de separación o divorcio en el que el acceso a la PV se condiciona a que la persona separada o divorciada sea acreedora de la pensión compensatoria contemplada en el artículo 97 CC y ésta quede extinguida con el fallecimiento del causante. De este modo, a partir de la entrada en vigor de la LMSS, la PNMLC experimenta un trato diferente e injustificado desde el



ángulo del principio de no discriminación respecto del matrimonio, ya que, siendo igual para ambos tipos de uniones la finalidad compensatoria del daño atribuida a la PV, el beneficiario de la PNMLC es de peor condición, pues se le exige un requisito económico inexistente con carácter general para el beneficiario en caso de matrimonio. No resulta aventurado pensar que la razón de esta específica exigencia sea la de limitar el coste económico derivado del reconocimiento de la PV al beneficiario de la PNMLC.

El tercer reproche es de índole temporal y se refiere al hecho de que el límite de ingresos establecido ha de cumplirse en los dos supuestos antevistos únicamente en el momento en que fallezca el causante, pero no durante el período de percepción de la PV. Existe aquí una evidente incongruencia con la pretensión de diseñar este requisito de la situación económica como renta sustitutiva de los ingresos del causante, pues si verdaderamente la norma quisiera dotar a la prestación de tal carácter habría de tener en cuenta la fluctuación que puedan experimentar los ingresos del beneficiario durante todo el período de disfrute de la prestación.

3.º En detrimento de la coherencia normativa, esta variación sí se incorpora en el tercer supuesto delimitador de la situación económica del beneficiario. Este supuesto tiene carácter alternativo, porque, aunque se superen los anteriores límites y, por tanto, no se pueda acceder por esa vía a la PV, también se reconoce de forma alternativa el derecho a la PV cuando los ingresos del sobreviviente (aquí sólo de éste) resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, si bien dicho límite de ingresos se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común con derecho a la PO que conviva con el sobreviviente. Pero aquí, a diferencia de los supuestos anteriores y de forma congruente, el requisito debe concurrir durante todo el período de la percepción de la PV.

Aunque la norma no lo diga, como quiera que el requisito debe concurrir durante todo el período de percepción de la PV, ha de entenderse que si se supera el citado límite se suspende el derecho al percibo de la prestación, recuperándose en el caso de que los ingresos vuelvan a descender por debajo de ese umbral. Pero el silencio legal puede generar aquí indeseables problemas interpretativos, por lo que la seguridad applicativa del supuesto exige que la norma reglamentaria (Disp. Final 2.ª LMSS) establezca expresamente ese efecto suspensivo.

Con la incorporación de este tercer supuesto delimitador de la situación económica del beneficiario de la PV se trata de moderar el efecto excluyente que puede tener la aplicación de los límites de ingresos en los dos supuestos anteriores, cuando tales límites no alcancen la suma de los ingresos de aquél y del causante durante el año anterior al fallecimiento y, por tanto, el beneficiario no pueda acceder por esa vía a la PV. Bajo esa finalidad moderadora, ciertamente la acreditación de un nivel ingresos aproxima la PV a la situación de necesidad real del beneficiario y ello resulta positivo bajo el prisma del principio de igualdad sustancial, lo que no debe confundirse con la postulada necesidad de recuperar el carácter de renta de sustitución de la PV como ha señalado algún autor, ya que la PV siempre ha tenido ese carácter. Ahora bien, en el contexto de la reforma, este requisito supone un tratamiento desigual de las PNMLC, ni objetivo ni razonable, respecto de las uniones matrimoniales, dado que para estas últimas se sigue partiendo de situaciones presuntas de necesidad, con presunción *iusuris et de iure*, puesto que en el caso del matrimonio no se exige en general ningún requisito de control de la situación económica, salvo la modulación parcial de la PV cualificada y la especificidad de la PV del separado o divorciado judicialmente acreedor de pensión civil compensatoria extinguida por el fallecimiento del causante. De tal suerte, la PV ordinaria del beneficiario en una pareja matrimonial tendrá en general, desde este ángulo comparativo, un trato más favorable injustificado, lo que, al tiempo, indirectamente, supone seguir utilizando la PV como prestación para fomentar el matrimonio en detrimento de las PNMLC, cuya existencia parece seguir incomodando al legislador al negarse a dispensarles un trato equitativo respecto de las uniones matrimoniales, sin datos objetivos que permitan sustentar esta disparidad normativa.

d) Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión se obtiene aplicando a la base reguladora un porcentaje. La base reguladora será distinta en función de la causa de la muerte o de la condición del sujeto causante (arts. 7.2 y 3 D. 1.646/1972 y 9 OM 13-2-1967):

a') Si deriva de AT o EP, la base reguladora se determinará sobre el salario real del causante.

b') Si deriva de contingencias comunes, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos dentro de los 15 años anteriores al mes previo al del hecho causante (art. 228 TRLGSS).

c') Si el causante es pensionista de jubilación o IP, la base reguladora será la misma que sirvió para determinar su pensión, incrementándose la cuantía con las revalorizaciones que se hayan producido para las pensiones de viudedad desde la fecha del hecho causante de la jubilación o IP (SSTS 18-2-1994 y 15-1-1996).

El porcentaje a aplicar sobre la base reguladora será del 52 por 100 (art. 1.1 RD 1.795/2003) pudiendo llegar hasta el 70 por 100 (RD 1.465/2001) cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a') La pensión constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista.

b') Los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no deben superar el resultado de sumar el límite que corresponda a los complementos por mínimos de las pensiones contributivas y la pensión mínima de viudedad.

c') El pensionista tenga cargas familiares. Por cargas familiares ha de entenderse, a estos efectos, la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, constituida de este modo, incluido el pensionista, divididos entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

La LAAMSS (Disp. Adic. 30.<sup>a</sup>) prevé que el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora sea del 60 por 100 cuando en el beneficiario concurren los siguientes requisitos:

a') Tener una edad igual o superior a 65 años.

b') No tener derecho a otra pensión pública.

c') No percibir ingresos por la realización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

d') Que los rendimientos o rentas percibidos no superen, en cómputo anual, el límite de ingresos que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

Estaba previsto que la aplicación de este porcentaje se efectuara de forma progresiva y homogénea en un plazo de ocho años, a partir de 1 de enero de 2012. Pero la entrada en vigor de esta gradual aplicación viene siendo aplazada hasta el presente (Disp. Adic. 28<sup>a</sup> LPGE-2015).

e) Dinámica de la prestación: nacimiento

El derecho a la pensión nacerá en el mismo momento de la fecha del fallecimiento del causante (art. 3 OM 13-2-1967), ya se trate de muerte real o presunta por desaparición, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a aquella fecha. En el supuesto de que la solicitud no se formule dentro del referido plazo, el carácter imprescriptible y vitalicio de la PV no impide que los efectos económicos de la misma se produzcan en la fecha de la solicitud, al margen de la fecha en que se haya conocido el fallecimiento del causante (STS 13-11-2007).

f) Dinámica de la prestación: duración

Como ya se ha señalado, la pensión de viudedad tiene carácter vitalicio, cuando se trate de beneficiarios con vínculo matrimonial (arts. 219.1 TRLGSS). La prestación temporal de viudedad tendrá una duración de dos años a contar desde el hecho causante que la origine (art. 222 TRLGSS).

No obstante, la ley establece la obligación de la entidad gestora de suspender cautelarmente el abono de las prestaciones de muerte y supervivencia en determinados supuestos (art. 232 TRLGSS).

a') Tras haber reconocido la correspondiente prestación, cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado (beneficiario de la prestación) es responsable de un delito doloso en cualquiera de sus formas, si la víctima fuera el sujeto causante de la prestación. La suspensión tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que le sea comunicada a la entidad gestora tal circunstancia.

b') Cuando tenga conocimiento, antes o después del trámite del procedimiento para reconocer la prestación, de que ha recaído contra el solicitante resolución judicial con iguales indicios. En este caso, la entidad gestora procederá al reconocimiento si concurren todos los restantes requisitos para ello, pero deberá suspender cautelarmente el abono de la prestación desde la fecha en que hubiera debido tener efectos económicos.

En los dos supuestos anteriores la suspensión cautelar debe mantenerse hasta que recaiga sentencia firme u otra resolución firme que ponga fin al procedimiento penal, o determine la nculpabilidad del beneficiario.

Si el beneficiario de la prestación es finalmente condenado por sentencia firme por la comisión del indicado delito, procede revisar el reconocimiento de la prestación y, en su caso, reintegrar lo percibido de acuerdo con lo previsto en el artículo 231 TRLGSS. Por el contrario, cuando recaiga sentencia absolutoria o resolución judicial firme que declare la no culpabilidad del beneficiario, habrá de rehabilitarse el pago de la prestación suspendida, con los efectos económicos que hubieran procedido de no haberse acordado la suspensión, una vez descontadas, en su caso, las cantidades satisfechas en concepto de obligación de alimentos a favor de los titulares de PO o en favor de familiares causada por la víctima del delito y siempre que dichos titulares hubieran de ser beneficiarios de los incrementos previstos en el artículo 233 TRLGSS.

En el caso de que recaiga sentencia absolutoria en primera instancia y ésta fuera recurrida, la suspensión cautelar quedará sin efecto hasta la resolución del recurso por sentencia firme. Si la sentencia firme es también absolutoria, se abonarán al beneficiario las prestaciones dejadas de percibir desde que se acordó la suspensión cautelar hasta que la misma quedó sin efecto, descontando, en su caso, las cantidades satisfechas en concepto de obligación de alimentos a favor de los titulares mencionados en el párrafo anterior. Si la sentencia firme es condenatoria, procede revisar el reconocimiento de la prestación, así como la devolución de las prestaciones percibidas por el condenado, incluidas las correspondientes al período en que se dejó sin efecto la suspensión cautelar.

#### g) Dinámica de la prestación: extinción

La PV puede extinguirse por diversas causas (arts. 223.2 TRLGSS y 11 OM 13-2-1967):

a') Contraer nuevo matrimonio o constituir una pareja de hecho, salvo cuando el beneficiario sea mayor de 61 años, o menor con pensión de IP absoluta o gran invalidez, o tenga una discapacidad igual o superior al 65%, y la pensión sea la principal o única fuente de ingresos, y que éstos, en cómputo anual, no superen dos veces el importe del SMI. En el supuesto de declaración de nulidad del matrimonio, declarada por la jurisdicción civil o por la eclesiástica, la persona que había percibido una PV como consecuencia de un anterior matrimonio tiene derecho a recuperarla, porque vuelve a tener la condición de viudo o viuda al haber desaparecido jurídicamente "ab initio" el matrimonio y, por tanto, dejar de existir la causa que motivó la extinción de dicha PV (SSTS 28-7-2000 y 29-5-2001).

b') Declaración en sentencia firme de culpabilidad del beneficiario en la muerte del causante.

c') Fallecimiento del beneficiario.

### C) Pensión de orfandad

#### a) Beneficiarios

Serán beneficiarios de la pensión de orfandad, en régimen de igualdad (arts. 224.1 y 3 OM 13-2-1967):

a') cada uno de los hijos biológicos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, matrimonial o no matrimonial.

b') Los hijos adoptados. No los que se encuentren en régimen de acogimiento permanente o prapoptivo (STS 3-11-2004).

c') Los hijos póstumos. Para éstos, la pensión de orfandad se entiende causada en la fecha de su nacimiento.

Con obvia modulación para los hijos póstumos, al fallecer el causante los beneficiarios han de ser menores de veintiún años o estar incapacitados para el trabajo (IP absoluta o gran invalidez: STS 28-4-1999) y el causante ha de encontrarse en alta o en situación asimilada al alta, o ser titular de pensión contributiva de jubilación o de IP, sin que sea necesario a partir de 1-1-2008 tener cubierto ningún período de carencia. Si el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la del alta, causará pensión para sus huérfanos siempre que haya completado un período mínimo de cotización de quince años.

También serán beneficiarios de la pensión de orfandad los hijos menores de 25 años de edad, en la fecha del fallecimiento del causante, cuando no realicen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtengan resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el SMI, también en cómputo anual. No obstante, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico (art. 224.2 TRLGSS). De esta manera, dentro del contexto establecido para el proceso de revisión del PAC-TOL, la LAAMSS ha ampliado la edad de percibo de la pensión de orfandad hasta la finalización de los estudios o, al menos, hasta el cumplimiento de los 25 años de edad, articulando así la previsión establecida al efecto en la Disposición Final 19.<sup>a</sup> LPGE 2011.

#### b) Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión será para cada huérfano del 20 por 100 de la base reguladora calculándose esta base conforme a las mismas reglas establecidas para la pensión de viudedad.

En el caso de que no exista cónyuge superviviente a la muerte del causante, la cuantía de la pensión de orfandad se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por 100. Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado. Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocido el huérfano, sumándole el que se hubiera aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida (art. 2 RD 296/2009 que modifica el art. 38 del D. 3.158/1966).

En los supuestos anteriores si existieran varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos, no pudiéndose superar en ningún caso el importe de la base reguladora que corresponda. Asimismo, en caso de muerte por AT o EP la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. Si en este caso concurren varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partesd iguales entre todos ellos (art. . 2 RD 296/2009).

c) Dinámica del derecho: nacimiento

El derecho a la pensión de orfandad nacerá el mismo día de la fecha del fallecimiento del causante, ya se trate de muerte real o presunta por desaparición, siempre que se hubiese hecho la solicitud dentro de los tres meses siguientes al mismo, salvo en el supuesto de hijo póstumo, que será efectivo en la fecha del nacimiento (art. 3 OM 13-2-1967).

d) Dinámica del derecho: duración

Se aplica asimismo a estas pensiones lo previsto con carácter general para las prestaciones de muerte y supervivencia, en cuanto pérdida del derecho y, en su caso, a la suspensión cautelar de las mismas en el supuesto de que sus beneficiarios, eventuales o reconocidos, hayan sido condenados en virtud de sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, conforme a lo dispuesto en los artículos 231 y 232 TRLGSS (supra 5.B), f)

e) Dinámica del derecho: extinción

El derecho a la pensión de orfandad se extinguirá por las siguientes causas (art. 21.1 OM 13-2-1967):

- a') Cumplimiento de la edad máxima establecida para cada supuesto.
- b') Cese en la incapacidad que genere el derecho a la pensión.
- c') Adopción del huérfano por otra persona o familia.
- d') Contraer matrimonio, salvo que estuviese afectado por una IP absoluta o gran invalidez. La posible separación judicial del huérfano no autoriza a reanudar el percibo de la pensión, al considerarse extinguida en la fecha del matrimonio (SSTS 1-3-2004 y 30-1-2007).
- e') Fallecimiento del beneficiario.

*D) Prestaciones a favor de familiares*

Las prestaciones a favor de familiares se conceden a aquellos familiares por consanguinidad del trabajador fallecido que no pueden acceder a las pensiones de viudedad u orfandad y que reúnan los requisitos generales siguientes (art. 226.1 TRLGSS y 22 OM 13-2-1967):

- ✦ Convivencia con el causante y a sus expensas, al menos dos años anteriores al fallecimiento.
- ✦ Carecer de derecho a pensión pública o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social.
- ✦ Carecer de medios propios de vida o subsistencia en el momento del hecho causante.
- ✦ Que no existan familiares con obligación o posibilidad de prestarles alimentos.

Las prestaciones a favor de familiares consisten en una pensión vitalicia y un subsidio temporal (art. 216.1, e) TRLGSS).

a) Pensión en favor de familiares

a') Beneficiarios y cuantía

Son beneficiarios de la pensión en favor de familiares (arts. 22.1 OM 13-2-1967 y 226.2 TRLGSS), cuya cuantía será equivalente al 20 por 100 de la base reguladora prevista para las pensiones de viudedad y orfandad (art. 23.1 OM 13-2-1967) y para los cuales se fijan en cada caso requisitos específicos, los siguientes:

- ✦ Nietos y hermanos: huérfanos de padre y madre, menores de 18 años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado como de IP absoluta o gran invalidez, o menores de 22 años si no realizan un trabajo por cuenta propia o ajena o si, realizándolo, perci-



ben ingresos inferiores al 75 por 100 del SMI en cómputo anual. La pensión se suspende si se supera este límite de ingresos, recuperándose cuando los ingresos no existan o sean inferiores a dicho límite.

- Madres y abuelas: viudas, solteras o casadas cuyos maridos tengan reconocida una IP absoluta para cualquier trabajo.
- Padres y abuelos que tengan cumplidos los 60 años de edad o tengan reconocida una IP absoluta. La exigencia de dicha edad para estos beneficiarios masculinos, y no para las madres y abuelas, obedece al contexto social en el que la norma surgió (OM 13-2-1967), sin que los órganos judiciales hayan admitido hasta el momento la posibilidad de un trato discriminatorio respecto de aquellos beneficiarios (SSTS 8-3-1993 y 24-2-1995), lo que, sin embargo, debiera considerarse como más ajustado a Derecho a la luz del vigente texto constitucional.
- Hijos o hijas y hermanos o hermanas de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o IP que hubiesen convivido con el causante y a sus expensas, sean mayores de 45 años solteros, divorciados o viudos al fallecer el causante, acrediten una dedicación prolongada al cuidado de éste y carezcan de medios propios de vida. Este último requisito se ha interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que los ingresos del beneficiario no superen el SMI (SSTS 25-6-1999 y 27-3-2000).

#### b') Dinámica

La duración de la pensión vitalicia a favor de familiares está sujeta a determinados supuestos de suspensión y extinción

#### Pérdida del derecho y suspensión cautelar de la prestación

Se aplica también a estas pensiones lo previsto con carácter general para las prestaciones de muerte y supervivencia, en cuanto pérdida del derecho y, en su caso, a la suspensión cautelar de las mismas en el supuesto de que sus beneficiarios, eventuales o reconocidos, hayan sido condenados en virtud de sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, conforme a lo dispuesto en los artículos 231 y 232 TRLGSS (supra 5.B), f).

#### Extinción del derecho

- La extinción del derecho a la pensión a favor de familiares no es uniforme, sino que depende de la clase de beneficiario (art. 24 OM 13-2-1967):
- La pensión correspondiente a los nietos/as y hermanos/as se extingue por las causas señaladas para la pensión de orfandad.
- La pensión cuyos beneficiarios sean los ascendientes ya indicados se extingue por matrimonio o fallecimiento.
- La jurisprudencia ha considerado que la pensión a favor de familiares reconocida a una hija mayor de 45 años, se extingue cuando ésta viene a mejor fortuna y, por tanto, no carece de medios propios de vida, aunque la norma no contemple de modo expreso esta causa de extinción (SSTS 17-12-2002 y 27-5-2004). No obstante, este criterio se ha atemperado posteriormente señalando que dicha pensión ha de tratarse como causa suspensiva y no extintiva de la pensión, rehabilitándose su percepción si el beneficiario vuelve a reducir sus ingresos por debajo del límite establecido (inferior al SMI), teniendo en cuenta el carácter imprescriptible del derecho a estas prestaciones y aplicando por analogía lo dispuesto a este respecto en los artículos 9.2 del RD 1647/1997 y 22.1 OM 13-2-1967, sobre suspensión de las pensiones de orfandad y

de familiares en favor de nietos y hermanos del causante, respectivamente, mientras trabajen y obtengan ingresos superiores al SMI, sin que se produzca en este caso la pérdida definitiva de la prestación por superar el beneficiario esos ingresos sino únicamente la suspensión de la misma, que vuelve a percibirse cuando nuevamente éste carece de medios básicos de sustento, cifrados en el SMI (SSTS 21-7-2009 y TSJ/Cantabria 3-12-2012).

#### b) Subsidio en favor de familiares

Son beneficiarios del subsidio temporal en favor de familiares los hijos/as y hermanos/as que en la fecha del hecho causante sean mayores de 22 años, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados.

El subsidio tendrá una duración máxima de 12 meses con inclusión de pagas extras, y su cuantía será equivalente al 20 por 100 de la base reguladora prevista para las pensiones de viudedad, orfandad y en favor de los familiares (art. 26 OM 13-2-67). Se aplica también a este subsidio lo previsto con carácter general para las prestaciones de muerte y supervivencia, en cuanto pérdida del derecho y, en su caso, a la suspensión cautelar de las mismas en el supuesto ya explicado (supra 5, B), f).

El subsidio se extinguirá por agotamiento del período de duración máximo y por fallecimiento del beneficiario (art. 27 OM 13-2-1967).

#### E) Indemnización a tanto alzado

Se trata de una indemnización especial tanto alzado que se otorga por una sola vez a los beneficiarios cuando la muerte del causante deriva de AT o EP (arts. 227.1 TRLGSS y 28 OM 13-2-1967).

La indemnización a tanto alzado puede ser complementaria de las pensiones de viudedad u orfandad o sustitutoria en favor de los padres del causante.

La indemnización complementaria para el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente será equivalente al importe de seis mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad, y de una mensualidad de la misma base reguladora para los huérfanos que reúnan las condiciones para ser beneficiarios de la pensión de orfandad. En el caso de no existir cónyuge con derecho a esta indemnización, ésta se distribuirá entre los huérfanos con derecho a ella. Para los supuestos de separación, divorcio o nulidad debe aplicarse aquí lo previsto en el artículo 220 TRLGSS respecto de la pensión de viudedad en tales supuestos.

La indemnización sustitutoria se otorgará al padre o la madre que viviera a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tuvieran derecho a la pensión a favor de familiares (art. 227.2 TRLGSS). La cuantía de la indemnización será de nueve mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad si existiera uno solo de los padres, y de doce mensualidades si sobrevivieran ambos descendientes (art. 12 D. 1.646/1972).

## 6. COMPATIBILIDADES

### A) Pensión de viudedad

La pensión de viudedad es compatible con las rentas del trabajo del cónyuge superviviente (arts. 223.1 y 3 TRLGSS y 10 OM 13-2-1967), con la pensión de jubilación y con la pensión de IP. La pensión de viudedad es incompatible, en principio, con el reconocimiento de otra pensión de viudedad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, aunque con la excepción de que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años.

### *B) Pensión de orfandad*

La pensión de orfandad de menores de 18 años es compatible con cualquier renta del trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, o con la pensión de viudedad que aquél perciba (art. 225.1 TRLGSS).

Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la SS en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de los 18 años de edad, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena (art. 225.2 TRLGSS).

Se establece asimismo la incompatibilidad de la pensión de orfandad con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, con la salvedad de que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años (art. 225.1 TRLGSS).

La pensión de orfandad del huérfano incapacitado que hubiere contraído matrimonio es incompatible con la pensión de viudedad a la que pudiera tener derecho con posterioridad, debiendo optar por una de ellas (art. 10.4 RD 1.647/1997).

### *c) Pensión a favor de familiares*

Esta pensión es incompatible con el reconocimiento de otra pensión de igual naturaleza en cualquiera de los regímenes de la Seguridad, con igual salvedad de que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años (art. 226.5 TRLGSS).

## 7. GESTIÓN

Corresponde al INSS el reconocimiento y la gestión de las prestaciones por muerte y supervivencia, cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común o de accidente no laboral y a la MCSS con la que el empresario tuviera concertada la cobertura de los riesgos de AT o EP, cuando la muerte derive de estas contingencias.

## II. PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares tradicionalmente se han venido caracterizando en nuestro ordenamiento de Seguridad Social por su insuficiencia económica, muy alejadas de las establecidas en los países de nuestro entorno europeo. La primitiva redacción de la LGSS de 1966 se ha mantenido invariable hasta el año 1985, en que se suprimió la totalidad de las prestaciones de protección a la familia. Posteriormente en los años 1990 y 2000 se produjo la reforma de estas prestaciones, pero manteniendo su insuficiencia.

El problema principal radica, a este respecto, en que la situación de necesidad que genera el incremento de la unidad familiar no ha sido abordado de una manera directa, a través de una regulación de prestaciones económicas suficientes, sino por otras vías, como las laborales, con medidas de conciliación de la vida familiar y trabajo y parvularios, así como las de carácter fiscal con desgravaciones en el IRPF.

Lo cierto es que estas prestaciones, a pesar de su carácter exiguo, también se han visto afectadas por la grave crisis económica que se arrastra desde 2008, lo que ha determinado que incluso en el año 2011 se suprima la ayuda por nacimiento de hijo. Esta notoria insuficiencia, exige el urgente replanteamiento por

parte del legislador de estas prestaciones a fin de abordar la adecuada cobertura de las situaciones de necesidad familiar, que la reforma de 2007 ha pasado por alto, máxime considerando que que estas prestaciones cuentan con el doble fundamento que les proporcionan los artículos 39 y 41 CE, obligando a que los poderes públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, así como garantizando la suficiencia de las prestaciones sociales ante situaciones de necesidad en el marco de un régimen público de Seguridad Social, respectivamente.

## I. CONCEPTO Y MODALIDADES

Las prestaciones familiares de la Seguridad Social pueden definirse como aquellas atribuciones patrimoniales, directas o indirectas, cuya finalidad es dar cobertura a los estados de necesidad económica que se producen o pueden producirse como consecuencia del incremento de las cargas económicas que supone la atención a determinados hijos y familiares.

Existen dos modalidades de prestaciones familiares: la modalidad contributiva y la modalidad no contributiva.

La modalidad contributiva está circunscrita a los trabajadores y no consiste en una prestación económica, sino en un beneficio económico indirecto, al considerar como período de cotización efectiva la realizada a los efectos de determinadas prestaciones de Seguridad Social que se examinan en el siguiente apartado.

La modalidad no contributiva, cuyo estudio se efectuará con posterioridad (capítulo 15, III), comprende las siguientes prestaciones (art. 351 TRLGSS):

- ✦ Asignación económica por cada hijo menor de 18 años, o mayor con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100 a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.
- ✦ Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales, y en los casos de madres discapacitadas.
- ✦ Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

## 2. CONTENIDO Y DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA

Serán beneficiarios de la prestación familiar, en su modalidad contributiva, los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios incluidos en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, y en general, las personas incluidas encuadradas en el ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social que se encuentren en las situaciones establecidas a este propósito y cuyo rasgo común reside en la interrupción de la obligación de cotizar durante los períodos establecidos en la norma aplicable. En consecuencia, en esta modalidad contributiva se establecen y regulan, como beneficio económico indirecto, determinados períodos que se consideran realmente cotizados a los efectos de determinadas prestaciones de la Seguridad Social.

### *A) Período de excedencia por cuidado de hijos, menores acogidos y familiares*

a) Los tres primeros años de excedencia con reserva de puesto de trabajo para el cuidado de hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque sean provisionales. (237.1 TRLGSS en relación con el art. 46.3 TRET). La LAAMSS (art. 9.Dos) modificó el artículo 180.1 LGSS (ahora derogado en virtud de la derogación de la LGSS: Disposición derogatoria única i TRLGSS) al elevar, con efectos de 1 de enero de 2013, el período de cotización efectiva a los efectos de las referidas prestaciones de Seguridad Social a los tres años del período de excedencia y no tan sólo a los dos primeros años de excedencia con reserva de puesto de trabajo tal como se establecía con anterioridad.

b) El primer año de excedencia para el cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida (art. 237.2 TRLGSS en relación con el art. 46.3 TRET y arts. 2,3 y 4 RD 1335/2005).

Cuando estas situaciones de excedencia hubiesen estado precedidas por una reducción de jornada de las previstas en el artículo 37.6 TRET, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computaran incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (art. 237.4 TRLGSS).

Los períodos que se consideran cotizados en estos supuestos lo son a efectos de las prestaciones por jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 237.1 TRLGSS)

### *B) Período de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares*

a) Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado directo de un menor de doce años, prevista en el primer párrafo del artículo 37.6 TRET, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiese mantenido sin dicha reducción la jornada. Igual incremento se aplica a las cotizaciones realizadas durante el primer año de reducción de jornada por el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 237.3 TRLGSS).

b) Las cotizaciones efectuadas durante los períodos de reducción de la jornada por el cuidado de un menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, en los términos establecidos en el artículo 37.6, 3º TRET, gozarán también del incremento señalado en el anterior apartado (art. 237.3 TRLGSS).

La cotización ficticia de estos períodos se efectuará de acuerdo con la base promedio correspondiente a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia o de reducción de jornada.

- c) Reglas comunes a las cotizaciones ficticias por excedencia y cuidado de menores o familiares:
- Se considera al beneficiario en situación asimilada al alta para acceder a determinadas prestaciones de la Seguridad Social: jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, con exclusión de las restantes, como las de IT (STS 14-11-2002).
  - Se considera como período cotizado, a efectos de las prestaciones señaladas, tanto para acreditar el período mínimo de cotización exigido en las distintas prestaciones, como para determinar la base reguladora y el porcentaje aplicable a la misma a fin de calcular su cuantía, en su caso. A estos efectos, se toman como bases de cotización las bases medias correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la excedencia, o período inferior acreditado (arts. 6 y 7 RD 6 y 1335/2005).
  - Durante el período de cotización ficticia los beneficiarios mantienen el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 6.2 RD 1335/2005).

### *C) Períodos de cotización asimilados por parto*

Tal asimilación supone que, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación e IP, se computan a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más o cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, con la salvedad de que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo correspondiente en el caso de que el parto fuera múltiple (ar. 235 TRLGSS).



*D) Períodos de cotización por maternidad o paternidad*

Sin perjuicio de lo previsto para los periodos de cotización asimilados al parto, se considera aquí como cotizado el período de maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo. El tiempo de cotización ficticia se computa a efectos de las prestaciones por jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.6 TRLGSS).

*E) Períodos interruptivos de la cotización por extinción de la relación laboral o la fin del cobro de prestaciones por desempleo*

El período de cotización ficticia a todos los efectos, salvo para el período mínimo de cotización, se computa aquí en los supuestos en que la extinción de la relación laboral o la finalización del cobro de prestaciones por desempleo tiene lugar entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración del cómputo del período que se considera como cotizado por cada hijo o menor adoptado o acogido se aplica a partir del 1 de enero de 2013, de acuerdo con una escala variable para cada año, que se inicia con 112 días computables para 2013 y concluye con un máximo de 270 días computables para 2019 y siguientes anualidades. El período computable de acuerdo con esta escala no puede ser mayor que la interrupción real de la cotización, de forma que no pueden computarse más días que los que hubieran correspondido haber seguido en activo el beneficiario. De aquí que si el número de días con lagunas de cotización en el período afectado por la interrupción es inferior al número de días que corresponda reconocer, tan sólo se reconocerá un número de días equivalente a los días sin cotización (art. 6.1 RLAAMSS).

Los períodos computables se aplican a todas las prestaciones de la Seguridad Social, excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo, y a todos los efectos aunque con dos excepciones: el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido y su consideración como período asimilado al alta a fin de poder causar otras prestaciones de la Seguridad Social (art. 6.4 RLAAMSS).

Este beneficio sólo se reconoce a uno de los progenitores, otorgándose el derecho a la madre en el supuesto de que exista controversia entre ellos a este respecto (art. 236.1 TRLGSS). En el caso de que a un progenitor no se le asignen todos los días computables como cotizados por un mismo hijo o menor, al carecer de suficientes lagunas de cotización, los días no consumidos no pueden asignarse al otro progenitor (art. 7 RLAAMSS).

Como limitación temporal a este beneficio se establece que su aplicación no podrá suponer que el período de cuidado del hijo o menor, considerado como período de cotización ficticia, supere los cinco años por beneficiario. Tal limitación se aplica asimismo cuando dichos beneficiarios concurren con los contemplados en el artículo 237.1 TRLGSS (art. 236.2 TRLGSS), es decir, con los beneficiarios de la cotización efectiva de los períodos de hasta tres años de la excedencia a que se refiere el artículo 46.3 TRET, anteriormente referidos (supra 2, A, a)

### 3. GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN NO CONTRIBUTIVA

La gestión de la prestación no económica se efectuará mediante comunicación de las empresas a la TGSS en el plazo de 15 días, a partir de que se produzca el inicio y la finalización del disfrute por sus trabajadores de los períodos de excedencia laboral para el cuidado de hijo, del menor acogido o de otros familiares con derecho a reserva de puesto de trabajo (art. 8 RD 1.335/2005).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

- ALONSO OLEA, M.: «Familia, matrimonio y pensión de viudedad», *REDT*, n.º 46/1991.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia *mose uxorio antes del deceso*», *TL*, n.º 109/2011.
- APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *AL*, n.º 9/2008.
- BALLESTER PASTOR, I.: «La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho», *TS*, n.º 209/1008.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «La extinción de las pensiones de orfandad», *IL*, n.º 34/2004.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, 2008.
- ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales sen el Derecho Civil*, Madrid, 1991.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen jurídico de las pensiones de orfandad: un balance de jurisprudencia reciente», *AL*, n.º 20/2003.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Los nuevos pensionistas de viudedad», *TS*, n.º 209/2008.
- LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, F., y VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad», *RL*, n.º 10/1991.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre», *AS*, n.º 1/2010.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «Reflexiones y propuestas sobre la pensión de viudedad», *AS*, n.º 5/2011.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales» en *VVAA: Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Murcia, 1994.
- «Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?», *AS*, n.º 17/2009.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Recensión al libro »Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares» de Castro Argüelles, M.<sup>a</sup> Antonia», *REDT*, n.º 91/1998.
- MORENO GENÉ, J.: «La acreditación del requisito de la convivencia para acceder a la pensión especial de viudedad de las parejas de hecho según la doctrina del Tribunal Supremo», *AS*, n.º 14/2010.
- OLARTE ENCABO, S.: «De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la dimensión multicultural», *TL*, n.º 96/2008.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Valencia, 2008.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, J. A.: «Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España», *RL*, n.º 6/2010.
- QUINTERO LIMA, M. G.: «Pensión de viudedad en parejas de hecho y convivencia durante los seis años anteriores al hecho causante: una interpretación material del requisito exigido por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007», *AS*, n.º 2/2010.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Las prestaciones en favor de familiares», *REDT*, n.º 49/1991.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La reforma de la Seguridad Social de 1007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Murcia, 2007.
- ROJAS ARAGÓN, F. J.: «Pensión de viudedad de una pareja de hecho previamente divorciada. Requisitos legales», *AS*, n.º 6/2010.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Derecho de acrecimiento y pensionistas de orfandad: ¿una regulación discriminatoria?», *AS*, n.º 2/2009.

SERRANO ARGÜELLO, N.: «Pensión de viudedad para excónyuges víctimas de violencia de género, de la denegación judicial a la nueva regulación legal», *AS*, n.º 1/2010, paraf. 4/2010.

TOSCANI JIMÉNEZ, D.: «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas», *RTSS*, n.º 302/2008.

VICENTE PALACIO, A.: «Breve presentación de las otras modificaciones operadas en materia de muerte y supervivencia. La aplicación de la reforma en materia de orfandad en los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social», *TRS*, n.º 209/2008.

## II. PRESTACIONES FAMILIARES

BLASCO LAHOZ, J. F.: «Las prestaciones familiares de la Seguridad Social en su modalidad contributiva», *IL*, n.º 22/2004.

BURGOS GINER, M. A.: «Aplicación retroactiva al hecho causante de la prestación económica por nacimiento de hijo o adopción en familia monoparental», *AS*, n.º 9/2010.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La bidimensional ayuda por nacimiento o adopción y la mejora de las prestaciones familiares (Ley 35/2007, de 15 de noviembre)», *AS*, n.º 20/2007.

— «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social por el Real Decreto 1.335/2005, de 11 de noviembre», *IL*, n.º 4/2006.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: «Concepto de trabajador. Prestación familiar. Requisito de posesión de un permiso de residencia. Aplicación del artículo 8 A del Tratado de la Unión (LCEur 1986, 6)», *RMTAS*, n.º 17/1999.

JURADO SEGOVIA, A.: «El nuevo Reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social (RD 1.335/2005, de 11 de noviembre, *BOE 22-11-2005*)», *REDT*, n.º 130/2006.

LANDÍN MARTÍNEZ, P.: «Prestaciones por muerte en favor de familiares y la STS de 25 de junio de 1999 (RJ 1999, 5785): alcance de la condición de pensionista del sujeto causante y de los ingresos del beneficiario», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 409/1999.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social», *AL*, n.º 12/2004.

MORGADO PANADERO, P.: «Las prestaciones familiares como reflejo del artículo 41 CE: un sistema multiforme de protección», *AS*, n.º 10/2010.

PANIZO ROBLES, J. A.: «La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1.335/2005, de 11 de noviembre)», *TRS*, n.ºs 183/2006, 182/2006 y 181/2006.

PÉREZ CAMPOS, A. I.: «El derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado miembro», *AS*, n.º 9/2001.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La prestación familiar en su modalidad contributiva. Exégesis a la nueva redacción del artículo 180 TRLGSS», *AS*, n.º 4/2004.

## CAPÍTULO 13.

### ACCIÓN PROTECTORA CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (VI): DESEMPLEO

La crisis económica mundial desatada a mediados de 2007, y con singular incidencia en la economía española desde el cuarto trimestre de 2008, ha vuelto a evidenciar dos características del sistema económico capitalista. De un lado, el carácter cíclico de las crisis económicas que el mismo experimenta, lo que quiere decir que, hasta el momento, los poderes públicos y económicos no han sido capaces de prevenir y neutralizar a tiempo estas depresiones, por lo que no es arriesgado concluir que la propia naturaleza de dicho sistema provoca esa inevitable consecuencia. De otro lado, que, a partir de un cierto momento histórico, incluso en las fases de relativa bonanza en las que la depresión cíclica no es tan acusada, el sistema capitalista convive con un índice fluctuante de desempleo, del que no acierta a zafarse.

A la luz de estas constantes, no ha de extrañar que el desempleo constituya de forma recurrente uno de los problemas sociales con mayor repercusión en el mercado de trabajo, en la estabilidad económica, en la protección de las situaciones de necesidad y, en suma, en la paz social, en cuanto elementos que cimentan el adecuado desarrollo de las sociedades y de los Estados sociales. Sucede que la correlación existente tras la segunda conflagración mundial entre crecimiento económico e índice de elevado empleo, característica del Estado del Bienestar, se ha truncado hace años, con el agravante de que, al tiempo, las prestaciones por desempleo se han visto reducidas al coincidir la elevación de las tasas de desempleo y el incremento del déficit público.

En este contexto, un elevado número de Estados de la órbita occidental —cualquiera que sea su organización territorial— articula desde hace tiempo políticas activas y pasivas de empleo, con el objetivo de afrontar de modo integrado el permanente azote del paro desde la doble dimensión, activa y pasiva, que esas políticas cubren. Tal integración ha venido propiciada por la normativa internacional, de forma señalada por el Convenio 168/1988, de la OIT, y, más recientemente, por la acción institucional desplegada en el seno de la UE. Al servicio de aquellas políticas se dispone ya de un amplio elenco de medidas de variada naturaleza y alcance, entre las que figuran, con funciones y resultados diversos, las de índole laboral. En este terreno, en tanto las *políticas activas* buscan la directa incidencia en el mercado de trabajo a fin de incrementar el empleo o reducir el paro mediante un plural abanico de medidas (mejora de la información entre la oferta y demanda de empleo, incentivos a su creación o mantenimiento, formación ocupacional y continua, reparto del trabajo...), la pretensión de las *políticas pasivas* es la de amortiguar el desempleo, garantizando a los parados un determinado y temporal nivel de ingresos sustitutivos de

su renta, ya sea salarial, ya sea simplemente retributiva de una función o cometidos no asalariados. El principal dispositivo que se arbitra a este respecto viene dado por las prestaciones y los subsidios por desempleo, acompañados, cada vez con mayor intensidad, de otras medidas complementarias de corte netamente asistencial, entre las que descuellan, a nivel estatal la renta activa de inserción y, en el ámbito autonómico, las que, pese a la plural terminología utilizada, pueden denominarse rentas mínimas de inserción. En el ordenamiento constitucional español, aunque aquellas dimensiones activa y pasiva de la política de empleo aparecen formalmente separadas en los artículos 40.1 y 41 CE, respectivamente, existe entre ambas una estrecha vinculación, dado que «una política orientada al pleno empleo» debe ser el mejor antídoto frente al desempleo.

Sin embargo, la protección jurídica frente al desempleo a través de prestaciones y subsidios revela que la política de pleno empleo no ha logrado sus objetivos. Ello no revestiría particular gravedad si el desempleo a combatir se limitara al estacional (derivado de la climatología y/o de actividades productivas discontinuas) y al friccional (provocado por la movilidad de la fuerza de trabajo), ya que se considera que estas clases de paro son consustanciales a cualquier sistema económico. El problema esencial estriba en que el desempleo que pretende atajarse con los mecanismos de protección social es básicamente el de carácter cíclico (provocado por el estancamiento y reducción de la producción de bienes y servicios, característico de los períodos de recesión y crisis económica), sin afrontar debidamente el de índole estructural, originado por una pluralidad de factores (tales como los derivados de modificaciones en los procesos productivos con introducción de nuevos métodos o técnicas, de la espiral inflacionista de los precios estimulada por la inversión especulativa, de la falta de inversión productiva por considerar escasas o inciertas las perspectivas de beneficios, de la deslocalización de la actividad productiva para trasladarla a países con costes laborales e impositivos más reducidos o de una regulación legal insuficiente para combatir el fraude y la distribución inequitativa de la riqueza...).

Es evidente que la mejor forma de luchar contra el desempleo cíclico y el estructural es diseñar y desarrollar una política de empleo que logre sus objetivos. En una economía de signo capitalista esto no parece posible de modo permanente, lo que provoca una caída del empleo y un aumento del gasto social en prestaciones, entre ellas, las de desempleo. Aunque en estas situaciones se quisiera mantener de modo prioritario el gasto social en desempleo y pensiones, este gasto tiende a contraerse porque los ingresos principales que suministran los impuestos tienden también a reducirse en paralelo a la contracción de la actividad productiva y a una política fiscal de escasa progresividad. De este modo, las prestaciones y subsidios por desempleo se sitúan entre las que experimentan una mayor afectación durante las situaciones de crisis económicas, al producirse un desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, causante, junto con la asistencia sanitaria, del incremento desmesurado en los gastos de protección social.

Sin embargo, este importante incremento del gasto en prestaciones por desempleo no se ve correspondido con la adecuada protección de las situaciones de necesidad derivadas de la carencia de trabajo. De un lado, porque los requisitos exigidos para percibir las prestaciones no llegan a cumplirse por todos los desempleados (por ejemplo, período de cotización exigido), existiendo, además, límites temporales de dicha percepción que, en muchos casos, no permiten enlazarla con la reincorporación al mercado de trabajo, especialmente en situaciones de desempleo estructural como las que sobrevienen regularmente en el sistema económico. De otro lado, debido a la insuficiente cuantía de la prestación para garantizar una vida digna al desempleado, lo que le aboca a situaciones de trabajo irregular y/o de exclusión social.

Las mencionadas y reiteradas carencias en la protección por desempleo, relevan que las prestaciones propias de esta contingencia no pueden resolver de forma adecuada las situaciones generalizadas de desempleo consustanciales al paro estructural, mostrando tan sólo una relativa eficacia para frenar el paro coyuntural y estacional, por lo que únicamente aparecen como un instrumento amortiguador de éste y meramente complementario de las políticas activas de empleo, cuyo norte se orienta, recuérdese, al objetivo constitucional del pleno empleo. En suma, la regulación jurídica de la protección por esta



contingencia no articula, como ha de verse, una respuesta adecuada y suficiente desde la perspectiva del principio de protección por desempleo, que, no obstante, cuenta con fundamento constitucional y legal (arts. 41 CE y 1 LEM; Capítulo 4, I, 2 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*).

## I. CONCEPTO Y NIVELES DE PROTECCIÓN

### I. CONCEPTO

El nuevo TRLGSS regula de forma más precisa y sistemática el objeto de la protección por desempleo. De este objeto deriva el propio concepto legal de dicha contingencia. De acuerdo con ello, tal contingencia se define como aquella “en que se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267” art. 262,1 TRLGSS).

El concepto legal de desempleo se construye sobre cuatro elementos acumulativos: objetivo, subjetivo, causal y temporal.

#### A) Elemento objetivo: capacidad para trabajar

Tal capacidad («quienes pudiendo... trabajar») supone que quedan excluidos de la protección los desempleados que:

- No reúnan las condiciones físicas para trabajar: incapacidad, temporal y permanente total, absoluta y gran invalidez, salvo cuando se trate de incapacidad permanente parcial, supuesto en que se percibe una prestación económica y no una pensión. No obstante, se permite que en los supuestos de jubilación, IP total, absoluta y gran invalidez, el beneficiario opte entre percibir la prestación o el subsidio hasta su agotamiento o la correspondiente pensión [arts. 272.1, e) TRLGSS y 16 RDL 625/1985].
- No reúnan las condiciones jurídicas para trabajar (por ejemplo, la edad mínima de admisión al trabajo o la nacionalidad en determinados supuestos). En este último ejemplo, el trabajador extranjero extracomunitario en situación irregular está excluido con carácter constitutivo de las prestaciones por desempleo (art. 36.5 LOEX y SSTs 18-3-2008 y 12-11-2008), sin que, por tanto, rijan para el mismo el principio de automaticidad de las prestaciones (arts. 166.4 y 281 TRLGSS). Exclusión que, como es obvio, no afecta al trabajador extracomunitario en situación regular (STC 130/1995).

Este elemento objetivo configura un límite conceptual que, en términos generales, es coherente con el principio de extensión objetiva de la protección y con la consecuente exigencia de que exista una situación de necesidad previa, real o presunta, que sea susceptible de ser protegida. Una relevante e infundada excepción a esa regla es la citada exclusión de las prestaciones por desempleo del trabajador extranjero extracomunitario en situación irregular, teniendo en cuenta que es el empresario el sujeto obligado a solicitar la autorización para trabajar (art. 36.4 LOEX).

#### B) Elemento subjetivo: voluntad de trabajar

El reflejo en la ley de dicha voluntad («quienes... queriendo trabajar») implica que el desempleo protegido tiene que ser involuntario. La exigencia genérica de este elemento subjetivo se concreta después en ciertos aspectos reguladores de la prestación y del subsidio:

- La inclusión en alguna de las situaciones legales de desempleo (art. 267 TRLGSS).
- La inscripción como demandante de empleo en el momento de la solicitud y la obligación de renovar periódicamente la demanda de empleo [arts. 266, e), 268.1, 275,1 y 299 d) TRLGSS].

- ✦ La suscripción y cumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad que, a su vez, implica una serie de obligaciones legales, entre ellas la de aceptar una colocación adecuada previa inscripción y mantenimiento de la misma como demandante de empleo [arts. 266. c) y 299, c) TRLGSS]. Como luego se verá, esta aceptación puede plantear problemas para su correcta identificación. Pero al margen de estos problemas, este elemento subjetivo configura también un límite conceptual coherente con el principio de extensión objetiva de la protección y con la consecuente exigencia de una situación de necesidad previa, real o presunta, que sea susceptible de ser protegida. La admisibilidad legal de esa situación de necesidad requiere que la misma no haya sido buscada intencionadamente por el sujeto protegido.

### C) Elemento causal: pérdida del empleo, suspensión del contrato o reducción de jornada

Las causas que abocan al desempleo son de tres tipos: pérdida del empleo, suspensión del contrato y reducción de la jornada («quienes... pierdan su empleo... o reducida su jornada diaria ordinaria de trabajo»).

Varias precisiones han de realizarse en relación con este elemento.

1.<sup>a</sup> Este elemento parece acotarse inicialmente en la norma a un restringido ámbito subjetivo objeto de protección, ya que, por un lado, las causas del desempleo surgen en el marco del contrato de trabajo y, por otro, la ley parece considerar como único sujeto protegido al trabajador asalariado; refiriéndose por dos veces al trabajador con esa condición al contemplar el elemento temporal (art. 262.2 y 3 TRLGSS). Pero, aun estando dirigida básicamente la protección hacia este trabajador, la regulación posterior de los sujetos protegidos con carácter general (art. 264 TRLGSS) muestra que, en realidad, dichos sujetos no reúnen en todos los casos aquella condición jurídico-formal.

2.<sup>a</sup> El principio de universalidad subjetiva no se cumple, ya que quedan fuera del desempleo protegido, cuando menos en el nivel contributivo y también en algunos supuestos del asistencial, las personas que no haya podido trabajar anteriormente, aunque no se trate de trabajo asalariado en todos los casos.

3.<sup>a</sup> La razón de ser del límite subjetivo que establece este elemento causal es de carácter financiero, lo que resulta criticable desde el principio de universalidad subjetiva, aunque sea congruente con la configuración de la protección por desempleo sobre la base de la lógica contributiva. Se protege así la pérdida de un empleo anterior, la suspensión del contrato o la reducción de la jornada, no, salvo excepciones, la situación de necesidad real de quien no ha desempeñado un trabajo. Tales excepciones se reconducen al segundo nivel asistencial de protección.

4.<sup>a</sup> Los sujetos no protegidos quedan supeditados a un tercer nivel asistencial, que consiste en la obtención bien de una renta activa de inserción, de ámbito estatal, bien de una renta autonómica mínima de inserción, que presentan distintos grados de protección, por lo demás difíciles de homogeneizar al tratarse, como ya se sabe, de una competencia de las CCAA sobre la asistencia social «externa» al Sistema de la Seguridad Social (art. 148.120.<sup>a</sup> CE). A lo que se añade, en el caso de estas rentas autonómicas que, encuadrándose en esa asistencia social «externa», las CCAA no están obligadas por el artículo 41 CE a mantener el principio de suficiencia de las prestaciones sociales.

### D) Elemento temporal: las clases de desempleo protegido

Este elemento delimita el alcance en el tiempo del elemento causal y, por ende, del objeto de protección. Así, la identificación de este elemento se produce en virtud de la distinción normativa entre dos tipos de desempleo: el total y el parcial.

El *desempleo total* se producirá cuando el trabajador cese, con carácter temporal (por suspensión del contrato de trabajo o reducción temporal de la jornada) o definitivo (por extinción de dicho contrato), en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario. La ley clarifica el

alcance de esta clase de desempleo en relación con el desempleo total de carácter temporal. En este sentido, se establece que debe entenderse por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal del contrato de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del TRET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (art. 262.2 TRLGSS). Por lo tanto, el desempleo total también puede tener carácter temporal en estos dos últimos supuestos, de modo que el calificativo de total no se refiere aquí a la duración del desempleo protegido sino al volumen de la actividad que deja de ser prestada, que se identifica, como acaba de señalarse, con el cese total mínimo de dicha actividad durante una jornada ordinaria de trabajo por días completos, ya sean continuados, ya sean alternos.

El *desempleo parcial* tiene lugar cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 por 100 y un máximo de un 70 por 100, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria la que se decida por el empresario conforme a lo establecido en el artículo 47 del TRET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo (art. 203.3 LGSS 262.3 TRLGSS).

## 2. NIVELES DE PROTECCIÓN

La protección por desempleo tiene carácter mixto y se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio (art. 263.1 TRLGSS). Aunque en este capítulo únicamente se tratará del nivel contributivo, a efectos de una mejor comprensión de la materia es conveniente caracterizar ahora cada uno de estos niveles.

— El *nivel contributivo* tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada (art. 263.2 TRLGSS). Esta caracterización legal exige algunas precisiones:

1.<sup>a</sup> No siempre las prestaciones tratan de sustituir «rentas salariales». Tal es el caso de los cargos representativos de carácter político o sindical cuyas retribuciones no pueden considerarse bajo ningún concepto «salario» (art. 264.1, e) TRLGSS).

2.<sup>a</sup> La prestación por desempleo no supone realmente una sustitución íntegra de las rentas dejadas de percibir por el desempeño de un trabajo o función. Impiden esa función sustitutoria plena de las rentas activas los porcentajes que se aplican a la base reguladora para obtener la cuantía de la prestación, así como los límites máximos fijados para dicha cuantía.

3.<sup>a</sup> Esta función sustitutoria no exige la prueba de la situación real de necesidad, habida cuenta de la base contributiva sobre la que se construye este nivel.

— El *nivel asistencial*, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 274 TRLGSS (art. 263.3 TRLGSS). Su finalidad consiste en proporcionar un subsidio que cumple una función compensatoria de la insuficiencia de recursos, a fin de complementar las limitaciones de protección del nivel contributivo. No se trata, en rigor, de un nivel puramente asistencial, ya que, si bien se exige acreditar la situación real de necesidad, el acceso al subsidio se condiciona, en la mayor parte de los casos, al agotamiento previo de la prestación por desempleo o al cumplimiento de requisitos propios del nivel contributivo (situación legal de desempleo, período mínimo de cotización).

— Además de estos dos niveles de protección, existe un *tercer nivel complementario* a su vez del asistencial, aunque no se utilice formalmente esta denominación sino la de «ayuda específica», introducido por la ya derogada LGSS (Disp. Final 5.<sup>a</sup>4 LGSS). Se trata de la denominada Renta Activa de Inserción,

de ámbito estatal, destinada a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo. Constituida mediante los programas de renta activa de inserción, iniciados en el ámbito estatal en el año 2000, se trata de una tercera vía de protección por desempleo, añadida a los niveles contributivo y asistencial, aunque no configurada formalmente como un tercer nivel. Aparece como mecanismo de inserción laboral rotatorio de determinados grupos de desempleados con particulares dificultades de acceso al mercado de trabajo e ingresos limitados (mayores de cuarenta y cinco años, minusválidos, emigrantes retornados y víctimas de violencia doméstica). Mediante el RD 1.369/2006, de 24 de noviembre, se proporciona un marco estable a este tercer nivel, que hasta ese momento era anual. Ello revela la insuficiencia de los otros dos niveles para lograr una protección adecuada por desempleo. Lo que asimismo explica que la evolución normativa en esta materia haya consistido en dificultar los requisitos de acceso al nivel contributivo y de mantenimiento en el mismo, a fin de contener el gasto público y, en paralelo, ampliar el ámbito de los niveles asistenciales, dotados de una inferior cuantía en sus prestaciones económicas y de un menor índice de cobertura subjetiva.

Por otra parte, este tercer nivel tiene un carácter puramente asistencial, aunque no universal sino subjetivamente limitado a los trabajadores desempleados menores de 65 años, que reúnan ciertos requisitos y suscriban el compromiso de actividad, cumpliendo las obligaciones derivadas del mismo y del plan personal de inserción (arts. 2.1.3, y 7 RD 1.369/2006).

Cada uno de estos tres niveles tiene su regulación específica, aunque en algunos aspectos presentan una regulación común. Como ya se ha anticipado, en este capítulo sólo se estudiará la prestación contributiva (que corresponde al nivel contributivo), dejando para el capítulo correspondiente el examen de la prestación no contributiva, esto es, de la protección por desempleo del nivel asistencial, plasmada en el subsidio por desempleo y la prestación extraordinaria (Capítulo 15, IV).

## II. SUJETOS PROTEGIDOS Y SUJETOS BENEFICIARIOS

### I. SUJETOS PROTEGIDOS

En calidad de tales, derecho a la protección de desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia (art. 264.1 TRLGSS) a los siguientes sujetos:

- ✦ Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RG.
- ✦ Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los RREE de la Seguridad Social que protejan la contingencia de desempleo, con las peculiaridades que se establezcan reglamentariamente.
- ✦ Los trabajadores emigrantes que retornen a España.
- ✦ Los liberados de prisión, en las condiciones previstas en el título III del TRLGSS, que se destina a regular la protección por desempleo.
- ✦ Los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones públicas. Aunque no estén expresamente excluidos los funcionarios de carrera y los funcionarios en prácticas, el silencio de la norma a este respecto sólo puede interpretarse como exclusión tácita de este personal.
- ✦ Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares, así como los cargos representativos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, que ejerzan funciones sindicales de dirección, siempre que todos ellos desempeñen los indicados cargos con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo por ello una retribución., en las condiciones previstas en el Título III TRLGSS (protección por desempleo) para los trabajadores por cuenta ajena.

- ✦ Los altos cargos de las Administraciones Públicas con dedicación exclusiva, que perciban por ello una retribución y no sean funcionarios públicos, en las condiciones previstas en el Título III TRLGSS (protección por desempleo) para los trabajadores por cuenta ajena, salvo que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese.
- ✦ Los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que tienen reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo en los supuestos de cese definitivo de la prestación laboral (art. 1 RD 1043/1985), así como por suspensión total de la jornada con la consiguiente privación de los anticipos laborales acreditables por dicha prestación, o por reducción de la misma, al menos en un tercera parte, siempre que, en este segundo caso, los referidos anticipos derivados directamente de tal prestación sean objeto de análoga reducción y que la jornada reducida no supere las veintiséis horas semanales en cómputo anual (art. 1 RD 42/1996).
- ✦

## 2. SUJETOS BENEFICIARIOS

Una vez se ostenta la condición de sujeto protegido como presupuesto básico de protección, para tener derecho a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo es preciso reunir los siguientes requisitos a fin de tener la consideración de sujeto beneficiario de la prestación contributiva por desempleo (art. 266 TRLGSS):

### A) *Estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta*

Con relación a este requisito, recuérdese que el incumplimiento por el empresario de su obligación de dar de alta al trabajador a su servicio, determina la presunción *iuris et de iure* del alta de pleno derecho (art. 166.4 TRLGSS), lo que, a su vez, permite activar el principio de automaticidad de las prestaciones (art. 281 TRLGSS).

Por otra parte, se consideran en situación asimilada al alta los siguientes supuestos (art. 2 RD 625/1985):

- ✦ Excedencia forzosa por elección de un cargo público o sindical.
- ✦ Excedencia para atender al cuidado de un hijo.
- ✦ Traslado o desplazamiento temporal por la empresa fuera del territorio nacional.
- ✦ Retorno de los trabajadores emigrantes.
- ✦ Liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional.
- ✦ Trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente.

### B) *Tener cubierto el período mínimo de cotización*

Dicho período ha de ser de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (arts. 266, b) y 269.1 TRLGSS).

### C) *Encontrarse en situación legal de desempleo*

A tal efecto, se consideran en situación legal de desempleo los trabajadores que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos (art. 267.1 TRLGSS):



a) Extinción de su relación laboral

a') En virtud de ERE extintivo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal en los términos del artículo 262.2 TRLGSS..

b') Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.

c') Por despido disciplinario.

d') Por despido basado en causas objetivas.

e') Por resolución voluntaria por parte del trabajador [arts. 40, 41.3, 49.1.m) y 50 TRET].

f') Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.

g') Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

b) Suspensión su relación laboral

a') En virtud de ERE o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal en los términos del artículo 262.2 TRLGSS.

b') Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo en virtud de ERE o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal en los términos del artículo 262.3 TRLGSS.

c') Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género al amparo del artículo 45.1 n) TRET.

c) Trabajadores fijos discontinuos

Incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, durante los períodos de inactividad productiva.

d) Trabajadores retornados

Los trabajadores que retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.

e) Cargos representativos

Cuando cesen de manera involuntaria y con carácter definitivo en los cargos de miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares y los cargos representativos de las organizaciones sindicales en los términos previstos en el artículo 264.1, e) y f) TRLGSS o cuando manteniendo el cargo se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial.

A fin de delimitar con mayor precisión el ámbito subjetivo de este requisito, la norma no considera en situación legal de desempleo los trabajadores que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando cesen voluntariamente en el trabajo, salvo que se trate de resolución voluntaria del contrato de trabajo en los supuestos contemplados en los artículos 40, 41.3, 49.1,m) y 50 del TRET.

b) Cuando, aun encontrándose en alguna de las situaciones legales de desempleo anteriormente enumeradas, no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad (infra apartado D).

c) Cuando se haya declarado nulo o improcedente el despido por sentencia firme y, comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerza tal derecho por parte del trabajador o éste no haga uso de las acciones previstas en el artículo 279 de la LJS (relativas a la solicitud de la ejecución de la sentencia por su parte cuando el empresario no readmita al trabajador).

d) Cuando no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente (por ejemplo, en el supuesto de las excedencias).

#### *D) Acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad*

La suscripción de este compromiso y la aceptación de la colocación adecuada son obligatorias (arts. 266, c) y 299, c) y e) TRLGSS). Su rechazo injustificado pueden implicar la suspensión o la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo (arts. 17.2 y 47 LISOS). La ley determina el concepto de colocación adecuada sobre la base de ciertos criterios.

##### a) Criterio profesional

Tal criterio no se limita sólo a «la profesión demandada por el trabajador» o a «aquella que se corresponda con su profesión habitual», sino que se amplía también más allá de dicha profesión a «cualquiera otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas». Además, y al margen de estos parámetros, una cláusula de cierre permite, en detrimento de la identidad profesional del trabajador, considerar que «En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses» (art. 301.1º TRLGSS). Finalmente, la referida identidad profesional puede desconocerse por completo por el SPE de acuerdo con un elemento temporal vinculado a este criterio, ya que «Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del servicio público de empleo puedan ser ejercidas por el trabajador» (art. 301,2º TRLGSS). Regla que, en aras de la reducción del gasto social en desempleo, permite dismantelar el patrimonio profesional del trabajador.

##### b) Criterio geográfico

Conforme a este criterio, se entiende también adecuada la colocación (art. 301.3º TRLGSS):

- Cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a treinta kilómetros desde dicha localidad, con la salvedad de que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por 100 del salario mensual.

Debe subrayarse que estos parámetros resultan muy poco equitativos, habida cuenta de su desproporcionada exigencia a la luz de los datos disponibles respecto de la jornada y el salario que suministra el INE. Por lo que a la jornada de trabajo se refiere, la jornada semanal efectiva en el primer trimestre de 2016 fue de 29,8 horas, incluidas las horas extraordinarias y descontadas las horas no trabajadas por distintos motivos (vacaciones, fiestas y bajas por IT entre las más frecuentes), lo que arroja 4,96 horas diarias de trabajo efectivo sobre 6 días de trabajo a la semana. Ello supone que si el desplazamiento al lugar de trabajo (ida y vuelta) representa un 25% de la jornada laboral diaria, en este caso de 1 hora y 24 minutos, el trabajador no podrá rechazar por este motivo la colocación que le ofrezca el SPE, ya que ese empleo encajará en el rango legal de adecuación.

En cuanto al vector retributivo, teniendo en cuenta que el salario medio neto en España para 2014 fue de 1.356,88 € mensuales (1.502,08 € para los hombres y 1.199,32 € para las mujeres), el coste que

supone el 20% del desplazamiento, es decir 271,37 € mensuales, no permitiría considerar una colocación como inadecuada.

Estos datos muestran, en efecto, que ambos parámetros legales (porcentajes de jornada y salario que configuran en la norma una colocación adecuada) resultan extremadamente gravosos en tiempo o en retribución para poder conciliar realmente la vida laboral con la personal y familiar, así como para mantener unas condiciones básicas de vida (costes de vivienda, alimentación, salud y educación) que permitan garantizar la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

- ✦ Cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo.

#### c) Criterios relativos a las condiciones de trabajo

Junto a los anteriores, la ley incluye determinados criterios referidos a las condiciones de trabajo (art. 301.4º y 6º TRLGSS):

- ✦ La duración del trabajo, indefinida o temporal.
- ✦ La jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial.
- ✦ El salario, que ha de ser el equivalente al aplicable al puesto de trabajo ofertado. A este respecto, para que la colocación pueda considerarse como adecuada el salario «no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento».

Por tanto, el salario correspondiente a una colocación adecuada puede ser igual al mínimo interprofesional. Piénsese que, en tal caso, si ha transcurrido más de un año en la percepción de la prestación por desempleo, dicho salario puede verse aún reducido en su cuantía si el puesto de trabajo ofertado exige un coste de desplazamiento que no supere el 20 por 100 del salario mensual.

#### d) Aplicación administrativa de los criterios

Los anteriores criterios se aplican por el SPE teniendo en cuenta distintos factores, cuya apreciación es discrecional pero no arbitraria. Tales factores, para los que la ley no establece orden de prelación alguno, son los siguientes:

- ✦ Las circunstancias profesionales y personales del desempleado.
- ✦ La conciliación de su vida familiar y laboral.
- ✦ El itinerario de inserción fijado.
- ✦ Las características del puesto de trabajo ofertado.
- ✦ La existencia de medios de transporte para el desplazamiento.
- ✦ Las características de los mercados locales de empleo.

#### e) Efectos del rechazo de la colocación adecuada

El rechazo de una oferta de colocación adecuada, ya se ofrezca por el SPE o por las agencia de colocación, comporta un efecto sancionador al calificarse esa conducta como infracción administrativa grave [art. 25.4.a) LISOS]. No obstante, como quiera que la aceptación por el trabajador de dicha oferta no es incondicionada, éste queda exento de responsabilidad en este ámbito si el rechazo obedece a una causa justificada [art. 25.4.a) LISOS]. Tal es el caso, por vía de ejemplo, de la necesidad de cuidar a un hijo de tres años (STSJ/Galicia 21-2-2013), o a una hija de dos años enferma y precisada de cuidado permanente (STSJ/C. Valenciana de 3-2-1998). Por el contrario, no se ha considerado que el cuidado de una hija de un año de edad y la inexistencia en la localidad en que reside con la madre de parvularios que acojan a niños menores de dos años, pueda considerarse causa justificada para el rechazo de una colocación que la propia trabajadora consideraba adecuada, «pues incluso, desde una visión global del Estatuto de los Trabajadores, la trabajadora, una vez aceptado el trabajo e ingresada en la plantilla de la empresa, pudo compatibilizar en cierta manera trabajo y hogar acudiendo a los mecanismos legales regulados en el artí-

culo 37.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores —reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses o por razón de guarda legal directa de un menor de seis años— sin que pueda aceptarse en un mercado laboral, caracterizado por la falta de puestos de trabajo y la escasez de medios para proteger la situación de desempleo, que se rechace una oferta de puesto de trabajo por el solo motivo de guarda de un menor próximo a cumplir la edad de un año» (STS 8-2-1995).

*E) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación*

El cumplimiento de esa edad determina que, en principio, se puede acceder a dicha pensión y, por tanto, no exista la necesidad de una renta sustitutiva. El requisito se exceptúa en el caso de que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para acceder a la pensión, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada (art. 266, d) TRLGSS).

*F) Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio de empleo competente*

Se trata de un requisito introducido por el artículo 6.Uno RDL-TAPMUES, que modificó a tal efecto el artículo 207 LGSS. Es un requisito que dificulta el acceso a la prestación, porque la falta de dicha inscripción permite ahora suspender el abono de la prestación durante el tiempo en que la misma no se haya realizado, reanudándose a partir de la fecha de nueva inscripción previa comparencia ante la entidad gestora acreditándola (art. 271.1.a) TRLGSS). Dicha suspensión era inexistente con anterioridad a la referida modificación, puesto que la falta de aquella inscripción inicial sólo determinaba su subsanación cuando se solicitara la prestación si la misma no se había efectuado con carácter previo (art. 209.1 LGSS en su redacción anterior al RDL-TAPMUES). Por otra parte, la inscripción ha de mantenerse por todo el período de duración de la prestación como requisito para conservar su percepción, suspendiéndose su abono en caso de incumplirlo [art. art. 268.1 TRLGSS].

### III. CONTENIDO

#### I. PRESTACIONES Y CUANTÍA

##### *A) Prestaciones*

La protección por desempleo, en su nivel contributivo, comprenderá las prestaciones siguientes (art. 265 TRLGSS):

- ♦ Prestación por desempleo total o parcial, consistente en un subsidio económico calculado al aplicar un porcentaje —70 por 100 durante los primeros 180 días y 50 por 100 a partir del 181 día, habiéndose reducido este último porcentaje respecto del anterior 60 por ciento en virtud del RDL-MESFO— sobre la base reguladora (270.2 TRLGSS), calculada en relación al promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los 180 días últimos de ocupación cotizada, sin inclusión de pagas extras (arts. 270.1 TRLGSS y 4 RD 625/85). La aplicación de porcentajes inferiores al 100 de la base reguladora se funda en el tradicional argumento de que la cuantía de la prestación ha de ser claramente inferior a la renta de activo a fin de no desincentivar la búsqueda de empleo y evitar el desempleo voluntario de la persona protegida. Se trata de un argumento inconsistente, que desdeña ciertas consideraciones. En primer término, la objetiva dificultad para gran parte de la población activa de atender las necesidades materiales básicas con una renta así reducida y su espuria utilización como mecanismo activador de la búsqueda de empleo. En segundo lugar, el implícito juicio de des-

valor sobre la pasividad presunta del trabajador beneficiario de la prestación para la búsqueda de empleo. Y, en tercer lugar, la omisión de que el mejor estímulo para dicha búsqueda consiste en la creación y mantenimiento de una elevada oferta de empleo productivo, esto es, no sólo en cantidad, sino en calidad.

- ✦ Abono por parte del SPEE de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por desempleo, excepto en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato en que la empresa debe ingresar su aportación propia (art. 273.2 TRLGSS). La entidad gestora debe descontar de la prestación la aportación del trabajador a fin de ingresarla con la parte de la cotización a su cargo.
- ✦ La finalidad de este abono es evitar que, durante el período en el que se perciba el subsidio, se vea afectada negativamente la carrera de seguro del trabajador desempleado.
- ✦ Acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión e inserción profesional de los trabajadores desempleados, incluyendo aquellas otras cuya finalidad sea el fomento del empleo estable.

## B) Cuantía

La cuantía de la prestación de desempleo de nivel contributivo oscilará entre un máximo y un mínimo (art. 270.3 TRLGSS):

- ✦ La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del IPREM mensual vigente en que nazca el derecho incrementado en una sexta parte, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, siendo en tal caso, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador.
- ✦ La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del IPREM mensual vigente en que nazca el derecho, incrementado en una sexta parte, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.
- ✦ En el supuesto de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las referidas cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promeridio de las horas trabajadas durante el período cotizado de los últimos 180 días antes referido, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período.

El incremento de la cuantía máxima en función del número de hijos resulta inconsecuente e insuficiente. Inconsecuente, ya que se introduce un criterio asistencial que debía ser ajeno a la prestación contributiva, pues la función de ésta es sustituir rentas de activo pero no cubrir mínimos vitales. Insuficiente una vez que se incorpora el factor de parentesco, porque no se tiene en cuenta una variable básica en el criterio asistencial, cual es la capacidad económica del sujeto protegido. Ello supone, por ejemplo, que un sujeto protegido con hijos y con una elevada capacidad económica tenga una presentación económica por desempleo superior a otro sujeto protegido con igual número de hijos pero cuya capacidad económica sea netamente inferior. La razón de estos indeseables efectos reposa en el carácter básicamente contributivo de la prestación, lo que permite presumir por la norma que existe la situación de necesidad protegida.

## IV. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

### I. NACIMIENTO

La prestación de desempleo nacerá cuando se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes al SPEE (art. 268.1 TRLGSS). La presentación fuera de plazo implica la pérdida diaria del derecho, ya que se descuentan los días que median entre la fecha en



que hubiese tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y el día de la presentación de la solicitud, salvo supuestos de fuerza mayor (arts. 268.2 TRLGSS y 5.3 RD 625/1985).

Junto a esta regla general, el nacimiento de la prestación se modula en determinados supuestos:

1º) En el caso de que el período de las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral o de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo (art. 268.3 TRLGSS).

2º) En los supuestos de despido o extinción de la relación laboral, la decisión extintiva del empresario se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. En tal caso, la impugnación judicial del despido o de la extinción no impide que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación conforme a la regla general (art. 268.4 TRLGSS).

3º) En los casos de despido procedente, el derecho a las prestaciones por desempleo nace al día siguiente al de finalización del período de espera de tres meses, contados desde la fecha de la sentencia, siempre que el trabajador se haya inscrito como demandante de empleo en el plazo de quince días a partir de la notificación de la sentencia, y la solicitud se formule en los quince días siguientes a la fecha de finalización de dicho período de espera (art. 5.2 RD 625/1985). La fijación de este período de espera es una suerte de penalización informal por la existencia de justa causa para despedir, aunque, según ya hubo ocasión de señalar, esta clase de despido se considere como situación legal de desempleo dado que es el empresario quien adopta la decisión extintiva en el ejercicio de su potestad disciplinaria.

4º) Cuando la resolución judicial considere el despido improcedente y se opte por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percíbilas con efectos de la fecha de cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido en la regla general ya señalada, tomándose como fecha inicial para este cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización o, en su caso, la de la resolución judicial (art. 268.5, a) TRLGSS). Téngase en cuenta que en este supuesto el empresario debe instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que se considera como de ocupación cotizada a todos los efectos (art. 268.6, 1º TRLGSS).

5º) Cuando se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque tal readmisión no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 286.1 de la LJS (imposibilidad material o legal de readmisión), las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador. En este caso, la entidad gestora debe cesar en el abono de las mismas y reclamar a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. A su vez, el empresario debe ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido hasta dicha readmisión (art. 268.5, b) TRLGSS). Asimismo, el empresario debe instar el alta del trabajador con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial y cotizar a la Seguridad Social por ese período, que se considera como de ocupación cotizada a todos los efectos (art. 268.6, 2º TRLGSS).

6º) En los supuestos de que se declare extinguida por el juez la relación laboral resolviendo el incidente de no readmisión de acuerdo al artículo 281.2 LJS) o por imposibilidad legal o material de readmisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 286.1 LJS, si el trabajador no estuviera percibiendo las prestaciones por desempleo comenzará a percíbilas a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos supuestos se estará a lo establecido en el artículo 268.5, a) TRLGSS respecto de las prestaciones percibidas hasta la extinción de dicha relación (art. 268.5, c) TRLGSS).

7º) En los supuestos en los que la situación legal de desempleo se acredite por comunicación, notificación escrita o certificación del empresario, de la Administración empleadora o de la cooperativa, debe constar en el certificado de empresa la causa y fecha de la situación legal de desempleo, a fin de poder considerar válido dicho documento a efectos de acreditar dicha situación (art. 1.6 RD 625/1985).

## 2. DURACIÓN

La duración de la prestación por desempleo depende de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a una escala fijada legalmente (art. 269.1 TRLGSS) que oscila entre los 120 días de prestación por un período cotizado entre 360 días y 539 días y los 720 días de prestación por 2.160 días cotizados. La referencia normativa al momento en que cesó la obligación de cotizar implica que el cómputo del período de seis años debe retrotraerse por el tiempo equivalente al que el trabajador haya permanecido en situación asimilada al alta, excepto en el caso de emigrantes retornados y de penados liberados cuando acrediten, respectivamente, cotizaciones en el extranjero computables en virtud de convenio legalmente suscrito o por trabajos realizados en preisión que supongan cotización a la Seguridad Social (art. 6.5 RD 625/1985).

En el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días, por lo que el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada decidida por el empresario al amparo del artículo 47 TRET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (art. 269.5 TRLGSS).

Respecto de la duración de la prestación, ha existido una medida de coyuntura surgida al socaire de la crisis económica de 2008 e Introducida inicialmente por el RDL 2/2009, de 6 de marzo (art. 3), reiterada, con alguna modificación por la LEMURMEL (art. 16) y modificada, a su vez, por el RDL 1/2013, de 25 de enero (art. 3). La medida, que en la actualidad ya no es aplicable a los procedimientos incoados fuera de los plazos establecidos a los que ahora se hará referencia, contempla el supuesto de empresas que, habiendo suspendido contratos de trabajo, de forma continuada o no, o habiendo reducido el número de días o de horas de trabajo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 ET, procedan posteriormente a su extinción mediante despido colectivo (art. 51 ET) o despido objetivo plural (art. 52.c) ET). En tal caso, los trabajadores afectados tienen derecho a que se les reponga la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hayan percibido la prestación, total o parcial, en virtud de dicha suspensión o reducción, con el límite máximo de 180 días y siempre que se cumplan dos requisitos temporales.

En primer lugar, la suspensión o reducción debe haberse producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, (Disp.Trans. tercera LEMURMEL). Ese tramo temporal se flexibiliza, sin embargo, para los trabajadores afectados por resoluciones, administrativas o judiciales, dictadas hasta el 31 de diciembre de 2011 inclusive, pero que hayan autorizado suspensiones de los contratos de trabajo o reducciones de jornada con efectos del 1 de enero de 2012. En este supuesto, los trabajadores tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo en los términos y con los límites establecidos en el artículo 16 LEMURMEL (Disp. Trans. tercera LEMURMEL).

En segundo término, el despido debe haber tenido lugar entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014. No obstante, el derecho a la reposición se mantiene para los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido con anterioridad al 12 de febrero de 2012 y hayan estado afectados previamente por expedientes de suspensión de contratos o reducción de jornada en los casos previstos en el artículo 16 LEMURMEL y en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial autorizatoria de dicha extinción (Disp. Trans. tercera LEMURMEL).

Por otra parte, adviértase que, en todo caso, el principio de suficiencia de la prestación no sólo ha de cubrir materialmente la pérdida o disminución de ingresos. Esa suficiencia ha de tener, asimismo, una dimensión temporal, lo que significa que la cobertura de la situación de necesidad habría de abarcar, en principio, todo el tiempo durante el que el sujeto beneficiario no pudiera trabajar, aun siendo capaz de hacerlo y estando disponible para ello, salvo las situaciones legales de suspensión o extinción del derecho.

### 3. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

#### A) Suspensión

##### a) Causas de suspensión

El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la entidad gestora en los siguientes casos (art. 2271.1 TRLGSS):

- Durante el período que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la LISOS.
- Durante la situación de maternidad o paternidad en los términos del artículo 284 TRLGSS, que contempla los supuestos de percepción alternativa de las prestaciones por dicha situación y la correspondiente prestación por desempleo.
- Mientras el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique privación de libertad. No se suspenderá el derecho si el titular tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del SMI.
- Mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses (con anterioridad veinticuatro) en el supuesto de trabajadores por cuenta propia que causen alta en el RETA o en el RETM.
- Mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario y siga percibiendo el salario, durante la tramitación del recurso que pueda interponerse contra las sentencias de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo en cuya ejecución provisional se haya optado por la readmisión del trabajador al amparo del artículo 297 LJS. Una vez se produzca la resolución definitiva debe procederse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 268.5 TRLGSS (que, como se vio, regula la percepción de la prestación por desempleo en los supuestos de despido improcedente con opción indemnizatoria, de readmisión y de incumplimiento o imposibilidad de ésta).
- Los supuestos de traslado de residencia al extranjero, cuando el beneficiario declare efectuarlo para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que el traslado se haya comunicado previamente a la entidad gestora y cuente con la autorización de la misma, sin perjuicio de que se aplique lo dispuesto sobre exportación de prestaciones en las normas de la UE.
- Los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de un máximo de noventa días naturales por una sola vez cada año y siempre que la salida esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora .

No se considera estancia ni traslado de residencia, la salida al extranjero durante un tiempo que no exceda los 15 días naturales, una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento por el beneficiario de las obligaciones que le impone el artículo 299 TRLGSS (relativo a las impuestas a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo).

##### b) Suspensión cautelar

En determinados casos, la entidad gestora puede acordar la suspensión cautelar del abono de la prestación:

- Cuando se incumpla por parte de los beneficiarios de la prestación la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que se les requieran, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones. La suspensión tendrá efecto hasta que el beneficiario comparezca ante dicha entidad acreditando el cumplimiento de los requisi-

tos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanudará a partir de la fecha de la comparecencia (art. 271. 3, 1º TRLGSS).

- ✦ Cuando se produzcan interrupciones en la inscripción como demandante de empleo en el SPE, reanudándose el percibo de la prestación a partir de la fecha de la nueva inscripción, previa comparecencia ante la entidad gestora acreditándola, salvo que proceda mantener la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas nosmativamente establecidas (art. 271. 3, 2º TRLGSS).
- ✦ Cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órgamos competentes en materia de lucha contra el fraude (art. 297.3 TRLGSS), como puede ser la simulación de despido u otras causas de extinción de la relación laboral.

### c) Efectos de la suspensión

La suspensión del derecho a la prestación supone la interrupción de su abono, pero no afecta al período de su percepción salvo en el supuesto de imposición de sanción por infracciones leves y graves antecitado, en cuyo caso dicho período se reduce por tiempo igual al de la suspensión producida (art. 271.2 TRLGSS).

## B) Extinción

El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes (art. 272.1 TRLGSS):

- ✦ Agotamiento del plazo de duración de la prestación.
- ✦ Imposición de sanción en los términos previstos en la LISOS (art. 47, b) y c).
- ✦ Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a sesenta meses.
- ✦ Cumplimiento, por parte del titular del derecho, de la edad ordinaria de jubilación, salvo que el trabajador no tenga acreditado el período de cotización requerido o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada.
- ✦ Pasar a ser pensionista de jubilación, o de IP en los grados de total, absoluta o gran invalidez. En estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable.
- ✦ Traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión contemplados en las letras f) y g) del artículo 271.1 TRLGSS (traslado definitivo de residencia al extranjero, el traslado de residencia al extranjero por más doce meses para la búsqueda o realización de trabajo, de perfeccionamiento profesional o colaboración internacional, o de residencia temporal en el extranjero inferior a noventa días).
- ✦ Renuncia voluntaria al derecho.
- ✦ Fallecimiento del beneficiario.

## V. INCOMPATIBILIDADES

### A) REGLAS GENERALES

La prestación por desempleo será incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado (art. 282.1 TRLGSS).

Hay que tener en cuenta que la prestación por desempleo es compatible con el trabajo de colaboración social que la entidad gestora puede exigir al receptor de la prestación, ya que dicho trabajo no implica

la existencia de relación laboral asalariada entre el desempleado y la entidad en que se preste el trabajo. En los conciertos que la entidad gestora promueva y celebre con Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro a estos efectos, han de identificarse los trabajos de colaboración social, conforme a las condiciones que reglamentariamente se establezcan, que, en todo caso, deben reunir los siguientes requisitos (art. 272.2 TRLGSS):

- ✦ Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad.
- ✦ Tener carácter temporal.
- ✦ Coincidir con las aptitudes físicas y formativas del desempleado.
- ✦ No suponer cambio de residencia habitual del trabajador.

La prestación de desempleo será igualmente incompatible con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo (art. 282.2 TRLGSS), como son, por ejemplo, las asignaciones por hijo a cargo.

## B) REGLAS ESPECIALES

Por lo que respecta a las relaciones entre la prestación de desempleo, IT, maternidad o paternidad, rigen las siguientes reglas especiales:

### a) Situación de IT

- ✦ Cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo (art. 283.1, 1º TRLGSS).
- ✦ Cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por IT, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo, sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo (art. 283.1, 3º TRLGSS).

### b) Situaciones de maternidad o paternidad

Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1 TRLGSS, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad (art. 284.1 TRLGSS).

Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda. En este caso se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad



Social prevista en el artículo 265.1.a).2.º TRLGSS y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad, gestionada directamente por su entidad gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 271.4.b) TRLGSS, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión (art. 284.2 TRLGSS).

## VI. FINANCIACIÓN Y GESTIÓN

Las prestaciones de desempleo se financian con las cotizaciones de empresarios y trabajadores y con las aportaciones del Estado (art. 293.1 TRLGSS). La cuantía de la aportación del Estado debe fijarse anualmente en la LPGE (art. 293.2 TRLGG).

La base de cotización por desempleo será la correspondiente a las contingencias profesionales (art. arts. 19.3 TRLGSS y 19.1 RD 625/1985). A dicha base de cotización se le aplicará un tipo que se fija anualmente en la LPGE y dará lugar a la cuota a ingresar. A partir de 1999 se ha penalizado la contratación temporal aumentando para ésta el tipo de cotización empresarial por desempleo.

La gestión recaudatoria de las cuotas de desempleo es competencia de la TGSS, sin embargo, el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de la prestación, así como el pago de la misma y exigencia de su devolución corresponde al SPEE (arts. 294.1, 295.1 y 296.2 TRLGSS) y el control de las prestaciones y la comprobación de las situaciones de fraude sin perjuicio de las facultades de los servicios competentes para la inspección y control en orden a la sanción de las infracciones que puedan cometerse en la percepción de las prestaciones por desempleo (art. 297.1 TRLGSS).

## VII. RÉGIMEN DE OBLIGACIONES, INFRACCIONES Y SANCIONES

### I. RÉGIMEN DE OBLIGACIONES

Tanto empresarios y asimilados como trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo tienen una serie de obligaciones en materia de desempleo.

#### *A) Obligaciones de los empresarios*

Los empresarios tienen las siguientes obligaciones (art. 298 TRLGSS):

- Cotizar por la aportación empresarial a la contingencia de desempleo.
- Ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad, siendo responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.
- Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones.
- Entregar al trabajador el certificado de empresa, en el tiempo y forma que reglamentariamente se determinen.
- Abonar a la entidad gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a los trabajadores cuando la empresa hubiese sido declarada responsable de la prestación por haber incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización.
- Proceder, en su caso, al pago delegado de las prestaciones por desempleo.
- Comunicar la readmisión del trabajador despedido en el plazo de cinco días desde que se produzca e ingresar en la Entidad Gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a aquél en los supuestos regulados en el artículo 268.5 TRLGSS, relativos a las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo, como ya se vio con anterioridad.

- Comunicar, antes de que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario, o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de jornada previstas en el artículo 47 del TRET.

### B) Obligaciones de los trabajadores

Son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo (art. 299 TRLGSS):

- Cotizar por la aportación correspondiente a la contingencia de desempleo.
- Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones y comunicar a los SPE autonómicos y al SPEE el domicilio y, en su caso, el cambio de éste en el momento en que se produzca.
- Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que determinen los SPE, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, así como aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los SPE o por dichas agencias.
- Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los SPE o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos.
- Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.
- Reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas.
- Devolver a los SPE, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos.
- Inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción, suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad en los términos establecidos en el artículo 41 del TRLE [art. 231.1.b) conforme al art. 6.Ocho RDL-TAPMUES].
- Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los SPE competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

## 2. INFRACCIONES Y SANCIONES

En el régimen de infracciones y sanciones en materia de desempleo rigen los principios generales aplicables a la potestad sancionadora de la Administración Laboral: de legalidad, de tipicidad, de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, de prohibición de analogía, *non bis in idem*, de proporcionalidad y de culpabilidad (véase el Capítulo 22, II, 1 de nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo*).

### A) Concepto y caracteres de las infracciones

Conforme a la elevada exigencia que el principio de legalidad exhibe en materia sancionadora, la ley suministra un concepto legal de infracciones en materia de Seguridad Social, lo que, en consecuencia, incluye la protección por desempleo. Según su tenor legal y en cuanto aquí importa, son infracciones en

dicha materia «las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley» (art. 20.1 LISOS).

A partir de este concepto legal, pueden extraerse ciertos rasgos característicos de las referidas infracciones, también aplicables a la protección por desempleo.

1.º La singular relevancia de los comportamientos omisivos sancionables. Derivada del elevado número de obligaciones que impone la ley a los sujetos responsables en esta materia.

2.º La tipificación remisiva de las infracciones. La tipificación de las infracciones relativas a la protección por desempleo se remite implícitamente por el TRLGSS, en un precepto que adolece de claridad (art. 302), a lo dispuesto por la LISOS en el marco de las infracciones en materia de Seguridad Social (arts. 20 a 26), remisión que también debe entenderse hecha a la tipificación y regulación de las sanciones. Tal remisión no impide constatar que la mayor parte de las infracciones sobre la protección por desempleo se refiere a obligaciones de empresarios, trabajadores y beneficiarios y solicitantes de prestaciones por desempleo contempladas en el Título III TRLGSS (protección por desempleo). De aquí la genérica remisión al mismo que efectúa el precitado artículo 302 TRLGSS.

3.º La delimitación estricta de las normas infringidas. Estas normas se limitan en materia de protección por desempleo «a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley (art. 20.1 LISOS). A diferencia del mayor alcance que las normas infringidas tiene en materia laboral (art. 5.1 LISOS), en la protección por desempleo no se incluyen las cláusulas normativas de los convenios colectivos, cuyo incumplimiento en dicha materia (mejoras voluntarias) no parece, sin embargo, que pueda exigirse tampoco como infracción administrativa de índole laboral, ya que la tipificación específica del ilícito laboral contempla tan sólo la transgresión de dichas cláusulas cuando versan sobre materia sindical (art. 8.8. LISOS).

### *B) Infracciones de los empresarios*

Estas infracciones, al igual que sucede con las establecidas para los trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones por desempleo, son objeto de la tradicional graduación propia del Derecho sancionador, distinguiéndose entre infracciones leves, graves y muy graves en función de la intensidad del reproche que merezca la conducta tipificada.

Las infracciones leves del empresario tipifican incumplimientos relativos a obligaciones de carácter documental. Por ejemplo, «No facilitar a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar, u omitirlos, o consignarlos inexactamente» (art. 21.4 LISOS).

Las infracciones graves incluyen incumplimientos que comportan un mayor perjuicio para los afectados, ya se trate de obligaciones de comunicación de datos, de información o de las relativas a actos de cotización o pago de prestaciones. Con esta mayor gravedad se tipifica, a modo de ejemplo, la conducta empresarial que consista en «No entregar al trabajador en tiempo y forma, cuantos documentos sean precisos para la solicitud y tramitación de cualesquiera prestaciones...» (art. 22.6 LISOS).

El nivel máximo de gravedad se reserva para las infracciones muy graves, que acotan comportamientos relativos a la cotización, recaudación de cuotas y acción protectora del sistema. A título de ejemplo, se tipifica como infracción muy grave por parte de los empresarios dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena (como sucede con la prestación por desempleo), cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad (art. 23.1 LISOS).

### C) Infracciones de los trabajadores

Respecto de los trabajadores y solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo, las infracciones se tipifican también considerando el grado de censura que merecen sus incumplimientos.

#### a) Infracciones leves (art. 24.3 LISOS)

- No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada.
- No devolver en plazo, salvo causa justificada, al servicio público de empleo o, en su caso, a las agencias de colocación sin fines lucrativos el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.
- No cumplir las exigencias del compromiso de actividad, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave.
- No facilitar a la entidad gestora la información necesaria a fin de garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones [art. 24.4.a) LISOS conforme al art. 8.Dos RDL-TAPMUES].
- No cumplir el requisito de inscripción como demandante de empleo, en los términos legalmente establecidos [art. 24.4.b) LISOS conforme al art. 8.Dos RDL-TAPMUES].

#### b) Infracciones graves (art. 25.4 LISOS)

- Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo, ya lo sea por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada.
- Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos.
- No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción en el supuesto de que, por cualquiera de dichas causas, se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) LISOS (art. 25.3 LISOS conforme al art. 8.Tres RDL-TAPMUES).

#### c) Infracción muy grave (art. 26.2 LISOS)

- Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente.

### D) Sanciones

La regulación de las sanciones se contempla en la LISOS, atendiendo a tres reglas generales. La primera estableciendo unos criterios de graduación de las mismas, de menor a mayor intensidad y referidos a

los grados mínimo, medio y máximo. La segunda delimitando una serie de circunstancias agravantes o atenuantes a tener en cuenta en dicha graduación, tales como la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, el fraude o connivencia, la cifra de negocios de la empresa, el número de trabajadores afectados o el perjuicio causado (art. 39.1 y 2 LISOS). Y la tercera, determinando la cuantía de las sanciones de acuerdo con su graduación (art. 40 LISOS), lo que comporta que la mayor parte de ellas se configuren como multas pecuniarias, reservándose la imposición de ciertas sanciones accesorias (art. 46 LISOS) para las infracciones graves (por ejemplo, la pérdida automática de los beneficios derivados de los programas de empleo), sin perjuicio de la compatibilidad de dichas sanciones con las multas (art. 46.1 LISOS).

Las sanciones a las empresas y a los trabajadores por infracción muy grave se imponen por la autoridad laboral, mientras que las leves o graves de los trabajadores por el SPE competente (art. 48.4 LISOS).



## BIBLIOGRAFÍA

- CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción del desempleo*, Granada, 1997.
- CHARRO BAENA, P.: «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo», AS, n.º 4/2009.
- COLLADO GARCÍA, L., y PIQUERAS PIQUERAS, M. C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, 1997.
- DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, 2008.
- DESDENTADO BONETE, A., y MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida. (Un estudio de los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Madrid, 1996.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *La renta activa de inserción*, Valencia, 2006.
- GARCÍA BLANCA, J. M.: «Reconocimiento de prestación por desempleo a cónyuge trabajador: trabajo asalariado o connivencia», AS, n.º 2/2009.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Modificaciones que origina en nuestro sistema de protección por desempleo la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social», IL, n.º 14 Jurisprudencia/2008.
- GIL GIL, J. L.: «La protección por desempleo en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Capital Humano. Revista para la integración y Desarrollo de los Recursos Humanos*, n.º 219/2008.
- GUERRERO VIZUETE, E.: «Convivencia *more uxorio* y prestación por cese de actividad», AS, n.º 9/2012.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «El programa temporal de protección por desempleo e inserción», AS, n.º 10/2009.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (coord.): *Política de empleo y protección social (Segundas Jornadas Tarraconenses de Derecho Social, 21-22 de septiembre de 1995)*, Barcelona, 1996.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La protección por desempleo en el Estado de las Autonomías», *Temas Laborales*, n.º 71/2003.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, 1997.
- *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, 2003.
- «El modelo de protección por desempleo: Configuración técnica y orientación de su reforma», en «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, 2008.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 764/2008.
- QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Sevilla, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Novedades normativas sobre Empleo y Desempleo. Análisis ejecutivo de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11/2009.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, 2004.
- VICEDO CAÑADA, L.: «Trabajo a tiempo parcial y desempleo parcial», *Diario La Ley*, n.º 7.184/2009.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo. (El régimen jurídico de la protección en el nivel contributivo)*, Valencia, 1990.

— «Acerca de la solicitud de pago único de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización a la Seguridad Social como trabajador autónomo», AS, n.º 13/2008.

VVAA: «Comentario al artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social Situación legal de desempleo», en *Códigos con Jurisprudencia*, 2008.

## CAPÍTULO 14.

### ACCIÓN PROTECTORA ASISTENCIAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERIZACIÓN Y PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

En este capítulo se van a estudiar una serie de prestaciones que son fruto del carácter expansivo y universalista del Sistema de la Seguridad Social.

En primer lugar, se estudiará la Asistencia Social, la cual está configurada actualmente, en el marco de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, como un mecanismo de protección que genera derechos subjetivos para los beneficiarios, si bien «con el límite de los recursos consignados a este fin en los Presupuestos correspondientes, sin que los servicios o auxilios económicos otorgados puedan comprometer recursos del ejercicio económico siguiente a aquel en que tenga lugar la concesión» (art. 64.2 TRLGSS). A pesar de este límite, la vigente concepción de la Asistencia social está alejada del concepto tradicional de beneficencia. En su sentido actual, la Asistencia Social protege estados de necesidad de personas sin recursos económicos y privados por tanto de mantener una vida digna en el entorno en que residen, mediante la concesión de una serie de prestaciones, independientemente de que haya existido una cotización previa. Esta Asistencia Social interna del Sistema de la Seguridad Social se diferencia de la Asistencia Social externa a dicho Sistema básicamente por las entidades que la prestan y por su carácter, ya que en esta última son las CCAA las que conceden las prestaciones asistenciales y, lo hacen con un carácter discrecional y limitado, frente a los derechos subjetivos que genera la Asistencia Social interna al Sistema, aunque ésta lo haga dentro de las disponibilidades presupuestarias.

Los Servicios Sociales son también prestaciones de Seguridad Social, aunque de carácter complementario, y van dirigidas a dos colectivos: las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad, sin perjuicio de otros colectivos que en el futuro pudieran quedar protegidos (art. 42.1, e) TRLGSS). Las prestaciones de Servicios Sociales se diferencian de las incluidas en la Asistencia Social en que en las primeras prima el carácter colectivo de los destinatarios, mientras que en las segundas prevalece la dimensión individualizada. Al igual que en la Asistencia Social, en los Servicios Sociales existen unos que son internos a la Seguridad Social y otros que de carácter externo, siendo estos últimos gestionados por las CCAA y con un ámbito protector dirigido a colectivos más numerosos, tales como familias, jóvenes o minorías étnicas.

En este capítulo se estudiará la caracterización, modalidades y prestaciones de la Asistencia Social interna y de los Servicios Sociales internos a la Seguridad Social, cuyo rasgo común estriba en su función complementaria de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social (arts. 42.2 y 63 TRLGSS), de forma que actúan ante la insuficiencia de las prestaciones básicas del Sistema y no ante su ausencia. Este

rasgo las diferencia de la acción protectora asistencial, también interna, inclusiva de las prestaciones no contributivas del Sistema de la Seguridad Social, que cubre, con carácter subsidiario, esto es, en ausencia de prestaciones contributivas, las situaciones de necesidad desatendidas por éstas y que son objeto de estudio en el siguiente capítulo.

## I. ASISTENCIA SOCIAL

La Asistencia Social como el resto de prestaciones asistenciales tiene su razón de ser en el Estado Social de Derecho que configura la CE en su artículo 41. Sin embargo, la noción de Asistencia Social no es única, como tampoco lo son los estados de necesidad a los que da cobertura, de ahí que exista una Asistencia Social interna, integrada en el Sistema de la Seguridad Social y generadora de derechos subjetivos, y una Asistencia Social externa a la Seguridad Social de carácter discrecional y gestionada por las CCAA.

Por lo que respecta a la Asistencia Social interna o integrada en la Seguridad Social, se considera que debería tener un peso específico mucho más importante en los presupuestos de la Seguridad Social y no limitarse a ser una prestación de carácter complementario y meramente testimonial, que en muchos supuestos no proporciona la mínima cobertura a los estados de necesidad que pretende satisfacer. Por ello, se aboga por la extensión del concepto de Asistencia Social al objeto de que pueda incluir prestaciones de nivel básico y de concesión obligatoria.

### I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

#### A) *Concepto tradicional*

La Asistencia Social regulada en el vigente TRLGSS se sigue configurando en términos análogos a como lo hacía la primera LGSS de 1966 y sus normas de desarrollo. De esta manera, se acota legalmente como aquellas prestaciones de carácter subsidiario o complementario de las prestaciones básicas de Seguridad Social ante la insuficiencia de éstas, de naturaleza discrecional y concesión potestativa que, dentro de las disponibilidades presupuestarias, se otorgan a las personas incluidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y a los familiares y asimilados que de ellas dependan, previa prueba de su situación de necesidad, salvo casos de urgencia (art. 64.1 TRLGSS).

Las ayudas de Asistencia Social son las siguientes (art. 65 TRLGSS):

- Ayudas que se dispensan por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo o en determinada institución.
- Ayudas por pérdidas de ingresos como consecuencia de rotura fortuita de aparatos de prótesis.
- Cualquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en el TRLGSS ni en las normas específicas aplicables a los RREE.

Este concepto tradicional de la Asistencia Social está ligado a la noción de beneficencia, ya que las ayudas no generan derechos subjetivos, sino que se otorgan de manera discrecional y potestativa. Tiene su antecedente inmediato en el FONAS, que atendía a los ciudadanos carentes del derecho a prestaciones de tipo contributivo, como sucedía con «los ancianos mayores de sesenta y seis años o enfermos pobres y desvalidos» que carecían de un mínimo de rentas.

#### B) *Concepto moderno*

La concepción tradicional de la Asistencia Social ha quedado obsoleta sólo hasta cierto punto, configurándose actualmente como una técnica complementaria de protección social inspirada en el modelo universalista de Beveridge, que se aparta del concepto tradicional ligado a la noción de beneficencia y que genera en su modalidad interna al Sistema de Seguridad Social un derecho subjetivo para el beneficiario

una vez que la ayuda prevista ha sido concedida por la entidad gestora, siempre que éste reúna los requisitos exigidos y con los límites presupuestarios consignados a tal fin, límites que sustentan el carácter inicialmente potestativo de la prestación puesto que la misma ha de estar previamente consignada en el correspondiente presupuesto y su concesión ha de sujetarse a la cuantía establecida, de modo que el concepto actual de esta asistencia no puede equipararse al alcance que posee el derecho subjetivo del beneficiario de las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

Con todo y de acuerdo con esta nueva concepción, la Asistencia Social interna y complementaria a las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social puede definirse como una técnica consistente en servicios y ayudas económicas reconocidas con independencia de cotización previa, destinada a personas beneficiarias que acrediten una determinada situación de necesidad, y cuya escasez de recursos les impida llevar una vida digna en el entorno en el que residen. De esta definición se desprenden las notas características de la Asistencia Social:

De esta definición se desprenden las notas características de esta técnica protectora:

- a) No contributividad, lo que supone inexigencia de cotización previa al Sistema.
- b) Situación de necesidad real.
- c) Carencia o insuficiencia de recursos económicos.
- d) Garantía de subsistencia con dignidad. Esta característica queda en la práctica muy modulada por la suficiencia de los recursos económicos de que disponga la Seguridad Social para estas prestaciones.

### C) Clases de Asistencia Social

El TC (STC 76/1986) ha distinguido entre una Asistencia Social integrada en el Sistema de Seguridad Social y una Asistencia Social externa al Sistema de Seguridad Social. La primera, como ya se ha dicho, se configura como un derecho subjetivo perfecto de carácter universalista, ya que va dirigida a todos los ciudadanos, aunque no lo sea desde el punto de vista objetivo, al atender sólo las prestaciones previamente establecidas, y tendría su encuadramiento dentro del artículo 41 CE. Por el contrario, la Asistencia Social externa estaría constituida por las prestaciones asistenciales que conceden las CCAA en base al artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE, y que consisten en rentas mínimas de solidaridad, que tienen un carácter discrecional o limitado, según los recursos que se destinen, y que al no generar un derecho subjetivo perfecto no pueden ser objeto de recurso en caso de denegación (art. 70.1 Convenio n.º 102 OIT).

Sin embargo, esta delimitación no es absoluta ya que hay espacios de concurrencia entre ambos tipos de Asistencia Social, lo que ha dado lugar a un buen número de conflictos de carácter político-jurídico entre las CCAA y el Estado (STC 239/2002), de modo que es aconsejable que por parte del legislador se establezca la demarcación más precisa de las competencias en esta materia. Esta situación concurrente convive con una paulatina tendencia de doble signo, acentuada en las fases de crisis económica. Por un lado al mantenimiento o reducción de prestaciones por parte de la Asistencia Social interna de la Seguridad Social, en tanto que, por otro lado, ocurre lo contrario con la Asistencia Social externa, que las incrementa, bien que de manera insuficiente para cubrir las imperiosas y básicas necesidades sociales que en aquellas fases proliferan por doquier.

## 2. CLASES DE PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

La Asistencia Social interna y complementaria del Sistema de la Seguridad Social comprende cualquier tipo de prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, las cuales se inspiran en los mismos principios que el resto de prestaciones de la Seguridad Social (Capítulo 5, III) y ello sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que las CCAA puedan establecer en beneficio de las personas residentes en ellas.



Las prestaciones de Asistencia social interna y complementaria al Sistema de la Seguridad Social son las siguientes:

#### *A) Protección de los discapacitados*

Esta protección asistencial se configuró a través de la LISM, actualmente derogada por la LEGEDIS, cuyo desarrollo reglamentario no realizado hasta la fecha determina que continúen en vigor el RD 383/1984 y la OM 8-3-1984.

Los beneficiarios de estas prestaciones son las personas con discapacidad, entendiendo por tales las que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales previsiblemente permanentes y cuya interacción con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (art. 4.1 LEGEDIS). Son asimismo beneficiarias aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, tales como los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de IP en el grado total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por IP para el servicio o inutilidad (art. 4.2 LEGEDIS).

La acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, comprenderá las siguientes prestaciones (art. 8.1 LEGEDIS):

- ♦ Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.
- ♦ Subsidio de movilidad y compensación gastos de transporte.
- ♦ Recuperación profesional.
- ♦ Rehabilitación y habilitación profesionales.

No obstante, las personas beneficiarias de los subsidios de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, mantendrán el derecho a su percepción, siempre que continúen reuniendo los requisitos exigidos reglamentariamente para su concesión y no opten por pasar a percibir la pensión no contributiva de la Seguridad Social o la asignación económica por hijo a cargo (art. 8.3 y disposición transitoria única LEGEDIS). La cuantía de dichos subsidios se establece anualmente en la LPGE (para 2016, ver la Disp. Adic. vigésima novena de la LPGE-2016).

#### *B) Protección de los emigrantes españoles que no residan en España*

El artículo 7.3 TRLGSS prevé la posibilidad de que el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, adopte medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia. Esta posibilidad ha sido desarrollada por el RD 728/1993, modificado por el RD 667/1999 y por el RD 1.612/2005, y por la OM 10-2-2006.

La prestación asistencial consistirá en una pensión cuya cuantía máxima no superará a la establecida en España en cada momento para la pensión de jubilación no contributiva (art. 7 RD 728/1993, según redacción dada por RD 1.612/2005 y art. 3.1 OM 10-2-2006). Para el percibo de dicha pensión los beneficiarios deberán presentar todos los años, durante el primer cuatrimestre, la fe de vida y declaración de ingresos o rentas computables de la respectiva unidad económica familiar, referida al año anterior (art. 12.2 RD 728/1993, según redacción dada por el RD 1.612/2005 y art. 8.1 OM 10-2-2006).

Los beneficiarios de esta pensión serán los españoles de origen que reúnan los siguientes requisitos (art. 2 RD 728/1993, según redacción dada por el RD 1.612/2005):

- ♦ Ostentar la condición de emigrante.
- ♦ Haber cumplido los 65 años de edad en la fecha de la solicitud.
- ♦ Residir legal y efectivamente en el extranjero, salvo en el caso de emigrantes retornados.
- ♦ Carecer de rentas o ingresos suficientes.

- No pertenecer a institutos, comunidades, órdenes y organizaciones religiosas que por sus reglas estén obligadas a prestarles asistencia.
- No poseer bienes muebles o inmuebles que tengan un valor patrimonial superior a la cuantía establecida en la base de cálculo de la pensión asistencial por ancianidad correspondiente al país de residencia, exceptuada la vivienda habitual.
- No haber donado bienes, en los cinco años anteriores a la solicitud de la pensión, por un valor patrimonial superior a la cuantía establecida en la base de cálculo de la pensión asistencial por ancianidad correspondiente al país de residencia, exceptuada la vivienda habitual.

El reconocimiento del derecho a la pensión surtirá efectos económicos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a aquel en que se hubiera presentado la solicitud (art. 4.1 OM 10-2-2006).

La gestión de estas pensiones corresponderá a las Consejerías de Empleo y Seguridad Social, dependientes de las Misiones Diplomáticas Permanentes de España, conforme al procedimiento establecido al efecto (arts. 11 a 26 OM 10-2-2006).

Las pensiones tienen carácter personal e intransferible, salvo cuando el beneficiario se encuentre acogido en un centro asistencial subvencionado con cargo a los PGE, en cuyo caso se podrá abonar una parte de la pensión, con el límite del 75 por 100 de la pensión asistencial, a un representante del centro para financiar los gastos de estancia del interesado (art. 4 RD 728/1993 según redacción dada por RD 1.612/2005).

### C) Protección de los menores españoles desplazados al extranjero durante la Guerra Civil

Esta prestación económica de carácter extraordinario se encuentra regulada en la Ley 3/2005, de 18 de marzo, desarrollada por la OM 24-6-2005, siendo su cuantía fijada anualmente en la LPGE (para 2016 ver la Disp. Adic. trigésima de la LPGE-2016).

Serán beneficiarios de esta prestación económica los menores de edad que como consecuencia de la Guerra Civil se desplazaron al extranjero y han pasado la mayor parte de su vida fuera de España (arts. 1 Ley 3/2005 y 1 y 2 OM 24-6-2005) y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos (art. 2 Ley 3/2005):

- Que residan en el extranjero y sean perceptores de las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles.
- Que residan en territorio español y sean perceptores de la pensión de jubilación no contributiva, de la pensión FONAS o de la pensión asistencial para emigrantes retornados.
- Que con independencia del país de residencia, sean perceptores de pensión del SOVI.
- Que, con independencia del país de residencia, no tenga derecho a las anteriores pensiones por disponer de rentas o ingresos superiores al límite establecido para acceder a las mismas.

### D) Protección para las víctimas de la violencia de género

Las víctimas de la violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y unas especiales dificultades para obtener empleo tendrán derecho a una ayuda económica (art. 27 LOVG).

La cuantía de la ayuda será, con carácter general equivalente, a seis meses de subsidio de desempleo (art. 6.1 RD 1.452/2005), aunque atendiendo a las circunstancias personales de la víctima están previstas las siguientes ayudas (art. 6.2, 3, 4 y 5 RD 1.452/2005):

a) Víctima de violencia de género con responsabilidades familiares

- Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a cargo un familiar o menor acogido.
- Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

b) Víctima de violencia de género con discapacidad reconocida igual o superior al 33 por 100

- Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima no tuviera responsabilidades familiares.
- Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.
- Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

c) Víctima de violencia de género con familiar a su cargo o menor acogido y que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100

- Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.
- Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

d) Víctima de violencia de género con familiar a su cargo o menor acogido y que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100

- Veinticuatro meses de subsidio por desempleo.

Estas ayudas económicas serán concedidas y abonadas en un pago único por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales y el MEYSS reembolsará el importe íntegro de estas ayudas a la Administración que hubiera efectuado el pago, con cargo a los PGE (art. 8.1 y 3 RD 1.452/2005).

## E) Protección de las personas contaminadas por VIH y SIDA

a) Beneficiarios

Las ayudas económicas se encuentran reguladas en el RDL 9/1993 y en un principio afectan única y exclusivamente a las siguientes personas (art. 1 RDL 9/1993):

- Las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas contaminadas con VIH, que hubieran recibido tratamiento con hemoderivados dentro del sistema sanitario público antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH.
- Las personas contaminadas con VIH como consecuencia de una transfusión sanguínea efectuada dentro del sistema sanitario público, antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH.
- Los cónyuges o personas que hayan formado una unidad familiar debidamente acreditada, con las personas anteriores, y hubieran sido contaminados con el VIH por relación con la misma.
- Los hijos de las personas relacionadas anteriormente siempre que, habiendo nacido de un embarazo anterior a la fecha de diagnóstico del VIH de la madre, hubieran sido contaminados por el referido virus.
- Los hijos dependientes, menores de veinticuatro años, de persona afectada viva o fallecida.

- Los hijos minusválidos, cualquiera que fuera la edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno.
- Los adultos dependientes de los afectados que sean mayores de sesenta y cinco años.
- Los adultos minusválidos, asimismo dependientes, cualquiera que sea su edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno.

#### b) Cuantías

El importe de las ayudas tenía la referencia del SMI (art. 2 RDL 9/1993), sin embargo, las LPGE han fijado, para la mayor parte de los supuestos, un importe sobre el que se tienen que aplicar las proporciones previstas en cada uno de ellos, que en la actualidad, son los siguientes (Disp. Adic. Trigésima segunda LPGE-2016):

- En un pago a tanto alzado a satisfacer a todas las personas afectadas y en el supuesto de que la persona afectada con VIH, hubiera fallecido, se efectuará el pago a sus hijos por partes iguales o en defecto de ellos al cónyuge —o persona con la que hubiera formado una unidad familiar debidamente acreditada— o en su defecto a los padres.
- Una ayuda mensual igual a 611.70 euros para los afectados si son menores de dieciocho años y de dos veces dicha cantidad si son mayores de dieciocho años.
- Una ayuda mensual igual a dos tercios de 611.70 euros hasta los veinticuatro años para los hijos dependientes de las personas afectadas. En el caso de que el hijo dependiente sea discapacitado la ayuda mensual será vitalicia e igual a dicha cantidad.
- En el caso de hijos huérfanos o que deviniesen huérfanos de persona o personas afectadas, la ayuda mensual será igual a cuatro tercios de 611.70 euros hasta los veinticuatro años. En el caso de que el hijo sea minusválido la ayuda será vitalicia e igual al duplo de 610,17 euros.
- Una ayuda mensual vitalicia igual a la mitad de 611.70 euros, para los adultos dependientes, mayores de sesenta y cinco años o discapacitados menores de esa edad. Si el afectado del que depende el adulto hubiere fallecido o falleciera, la ayuda será igual a dos tercios de 611.70 euros.

#### c) Compatibilidades

La percepción de estas ayudas sociales será compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir (art. 3.1 RDL 9/1993). Sin embargo, para acceder a las ayudas será necesaria la renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones por contaminación por VIH, contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias o el personal de las mismas (art. 3.2 RDL 9/1993) y no podrán acceder a estas ayudas quienes hubieran obtenido sentencia condenatoria contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias por contagio de VIH (art. 3.3 RDL 9/1993).

#### *F) Protección de los perceptores de prestaciones no contributivas mediante ayudas para el pago de la vivienda alquilada*

Esta ayuda se encuentra regulada en el RD 1.191/2012, de 3 de agosto y tiene por objeto complementar las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, para los que acrediten fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y residan de forma habitual en una vivienda alquilada como titular del contrato, siempre que el propietario de aquella no tenga con el pensionista relación conyugal o de parentesco hasta el tercer grado, ni constituida una unión estable y de convivencia con análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 1 RD 1.191/2012).

El reconocimiento de este complemento de pensión corresponde a los órganos competentes de las respectivas CCAA, Diputaciones Forales del País Vasco y Navarra, y Direcciones Territoriales del Institu-

to de Mayores y Servicios Sociales de Ceuta y Melilla, que tienen atribuida la competencia para la gestión de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social (art. 3 RD 1.191/2012).

La cuantía del complemento para alquiler de vivienda será fijada anualmente en la LPGE (art. 7 RD 1.191/2012) y se abonará en un único pago que se hará efectivo con anterioridad a la finalización del año natural (art. 8 RD 1.191/2012).

## II. SERVICIOS SOCIALES

El TRLGSS no define los Servicios Sociales, sino que se limita a establecer el deber normativo atribuido a la Seguridad Social para que extienda su acción protectora complementaria a las prestaciones de servicios sociales, establecidas legal o reglamentariamente, de conformidad a lo previsto en el artículo 42.1, e) TRLGSS, precepto que delimita el ámbito subjetivo (colectivos beneficiarios) y objetivo (materias objeto de prestaciones) de los Servicios Sociales (art. 63 TRLGSS). No obstante la fijación de ese deber normativo, el modelo de Servicios Sociales del TRLGSS no ha abandonado todavía en su desarrollo el carácter residual y marginal que ha tenido tradicionalmente, de modo que el mandato constitucional a los poderes públicos para que promuevan «un sistema de servicios sociales» que atienda los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE) sigue teniendo en la actualidad un alcance en buena medida programático. Al igual que se señalaba al estudiar la Asistencia Social, desde la perspectiva del Estado social constitucionalmente instaurado se considera que los Servicios Sociales deben tener un mayor peso en las partidas presupuestarias de la Seguridad Social a fin de que cancelen su carácter de protección complementaria, residual y de todo punto insuficiente para la cobertura de los estados de necesidad de carácter social que atiende.

### I. FINALIDAD

Las prestaciones de Servicios Sociales tienen también carácter distintivo de orden complementario de las prestaciones de Seguridad Social (art. 63 TRLGSS), destacando asimismo su carácter colectivo frente a la dimensión individualizada de las ayudas de la Asistencia Social. Los colectivos tradicionalmente destinatarios de los Servicios Sociales son las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad, que siguen siendo los únicos identificados de forma expresa en la norma estatal vigente, preveyéndose en la misma la posibilidad de establecer prestaciones en materia de formación y rehabilitación para las primeras y de asistencia para las segundas, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente, pero sin previsión alguna de ampliar los mencionados colectivos de beneficiarios (art. 42.1, e) TRLGSS).

Además de estos Servicios Sociales internos del Sistema de la Seguridad Social, existen otros Servicios Sociales externos, es decir, ajenos a la Seguridad Social, que son gestionados por las CCAA, y que además de a los dos colectivos aludidos atienden a otros colectivos en situaciones de estado de necesidad, tales como familia, juventud o minorías étnicas, etc.

La finalidad de los Servicios Sociales del Sistema de la Seguridad Social es, por lo tanto, dar cobertura complementaria a las situaciones de necesidad de los colectivos especialmente protegidos mediante la técnica prestacional, ya sea en especie o en servicios.

### 2. MODALIDADES Y PRESTACIONES

Los Servicios Sociales internos de la Seguridad Social son los siguientes:

- + Servicios Sociales a favor de las personas con discapacidad.
- + Servicios Sociales a favor de las personas ancianas.



- Servicios Sociales de las personas refugiadas y asiladas, así como de integración de los inmigrantes.

### A) Servicios Sociales a favor de las personas con discapacidad

La regulación de estas Servicios viene establecida en normas de rango inferior, por lo que no se ha cumplido el mandato constitucional del artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE. La Resolución de 26 de agosto de 1987 normativiza los ingresos, traslados, permutas y liquidación de estancias en Centros Residenciales, y la OM 4-6-1992 aprueba el Estatuto Básico de los Centros Asistenciales. Estos Centros Asistenciales son:

#### a) Centros de Atención de Discapacitados Físicos

##### a') Definición

Los Centros de Atención de Discapacitados Físicos son establecimientos que tienen como finalidad el prestar atención integral a las personas con discapacidades físicas que carezcan de posibilidades razonables de recuperación profesional, teniendo dificultades serias para conseguir su inserción laboral, sin que puedan ser atendidas en el ámbito de la familia o a domicilio (arts. 2.1.1 Res. 26-8-1987 y 4 OM 4-6-1992).

##### b') Tipos de plaza que ofrecen

Estos centros ofrecen tres tipos de plazas:

- Plazas residenciales de carácter fijo, para aquellas personas cuyas necesidades no pueden ser cubiertas en su medio familiar o social.
- Plazas residenciales de carácter temporal para aquellos discapacitados que precisen una estancia provisional en el centro por razones personales o familiares, como puedan ser la necesidad de descanso de la persona que les atiende, de tratamiento específico temporal, de cambio de ambiente.
- Plazas en régimen de Centro de Día, para que los discapacitados utilicen los servicios que precisen en régimen ambulatorio o de estancia de día.

##### c') Objetivos

Los Centros de Atención a Discapacitados Físicos se proponen conseguir (OM 13-1-1984):

- El máximo desarrollo posible de las capacidades residuales de cada beneficiario y de sus posibilidades individuales.
- La habilitación de su autonomía personal y social en todas sus dimensiones: de movilidad, de cuidado personal, ocupacional, relacional, etc.
- Ofrecer cuantos cuidados y atención requiera cada sujeto para desenvolverse en las actividades de la vida diaria por medio de personal de apoyo y de ayudas técnicas adecuadas.

##### d') Beneficiarios

Para ser beneficiario de estos Centros es preciso reunir los siguientes requisitos:

- Tener la calificación legal de discapacitado.
- Estar afectado por una disminución física, a consecuencia de la cual precise de la atención de otra persona para las actividades de la vida diaria.
- No padecer trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en el Centro.

- Carecer de posibilidades razonables de rehabilitación y recuperación profesional y no proceder, por consiguiente, su ingreso en un centro de los dedicados a esta finalidad.
- Encontrar graves dificultades para ser atendidos en régimen familiar o domiciliario.
- Ser mayores de 16 años de edad para las plazas de internado.

e') Servicios que ofrecen

Los centros ofrecen dos tipos de servicios:

- Alojamiento y manutención.
- Desarrollo Integral, que comprende:
  - Atención médico-sanitaria.
  - Atención psicológica.
  - Atención social.
  - Talleres ocupacionales.
  - Adaptación de ayudas técnicas.
  - Actividades culturales, ocio y tiempo libre.

b) Centros de Recuperación de Discapacitados Físicos

a') Definición

Los Centros de Recuperación de Discapacitados Físicos son establecimientos que disponen de un conjunto idóneo de instalaciones y profesionales para facilitar la integración socio-laboral de aquellas personas que por accidente, enfermedad, causas congénitas o adquiridas, tienen una discapacidad física y/o sensorial que le impide recibir una atención recuperadora en centros ordinarios (art. 1 Res. 18-1-1993).

Existen cinco Centros de Recuperación dependientes del IMSERSO, en San Fernando (Cádiz), Salamanca, Lardero (La Rioja), Madrid y Albacete. Estos Centros se configuran con un ámbito de actuación nacional, por lo que pueden acudir a ellos discapacitados de cualquier punto del territorio nacional.

b') Objetivos

El objetivo de los Centros de Recuperación es ofrecer a las personas con discapacidad física y/o sensorial en edad laboral todas aquellas medidas que hagan posible su recuperación personal y profesional que le facilite la obtención de un puesto de trabajo.

Para conseguir este objetivo se elaboran programas individuales de recuperación, orientación y ejecución de la recuperación profesional, lo que comprende:

- La capacitación y reconversión profesional en cursos de enseñanza ocupacional.
- La nivelación cultural necesaria para una adecuada formación profesional.
- La recuperación médico-funcional y psicosocial de los discapacitados físicos y/o sensoriales que lo requieran.
- La readaptación o reeducación profesional, según proceda, de los discapacitados que lo precisen.
- La asistencia técnica en materia de autonomía personal, accesibilidad y tecnologías aplicadas a la integración de las personas con minusvalías.
- El desarrollo de metodologías y la aplicación de nuevas tecnologías a discapacitados gravemente afectados que les permitan desarrollar o potenciar su capacidad razonable de recuperación profesional.
- La preparación para el empleo e integración social y personal de la persona discapacitada.

- Cualquier otra actividad o servicio que se considere necesario desarrollar para la adecuada recuperación profesional e integración de la persona discapacitada.

#### c') Beneficiarios

Podrán solicitar el ingreso, en régimen de internado o de media pensión, las personas discapacitadas físicas y/o sensoriales que reúnan los siguientes requisitos:

- Tener el grado de minusvalía reconocido.
- No padecer enfermedad infecto-contagiosa ni necesitar atención de forma continuada en instituciones sanitarias.
- No padecer trastornos mentales que puedan alterar la normal convivencia en el centro.
- Tener cumplidos dieciséis años. Excepcionalmente podrán ser admitidas personas discapacitadas físicas y/o sensoriales, si su proceso formativo y sus necesidades personales así lo requieren, a partir de catorce años.
- Mostrar posibilidades razonables de rehabilitación y recuperación profesional a juicio del equipo de valoración.
- Poseer el nivel de conocimientos educativos necesarios para cursar la formación que se desee llevar a cabo.
- Alcanzar la puntuación mínima requerida para el ingreso según baremo vigente.

#### d') Servicios que ofrecen

Los servicios que prestan los Centros de Recuperación son de dos tipos:

- De alojamiento y manutención.
- Para el desarrollo integral de los usuarios:
  - Rehabilitación.
  - Formación cultural y profesional.
  - Ocio, tiempo libre y deportes.

### c) Centros de Atención a las Personas con Discapacidad Psíquica

#### a') Definición

Fueron creados por RD 1.722/1981, de 24 de julio, y se pueden definir como establecimientos que tienen como finalidad atender y asistir a las personas con deficiencia mental, con el objeto de alcanzar un grado relevante o significativo de rehabilitación o integración social (art. 2.1 Res. 26-8-1987).

#### b') Objetivos

En estos Centros se pretende alcanzar el mayor grado posible de autonomía personal en las actividades básicas de la vida diaria y de integración social en su entorno, por lo que los objetivos generales van encaminados a facilitar a los usuarios del centro el alojamiento, la manutención, la atención sanitaria y el aseo e higiene personal; además de los cuidados físicos y afectivos necesarios para lograr su bienestar y subsistencia; junto al desarrollo máximo de sus destrezas y capacidades individuales.

### c') Beneficiarios

Los usuarios de los Centros de Atención a Discapacitados Psíquicos gravemente afectados deben reunir los siguientes requisitos:

- ✦ Padecer una deficiencia mental grave asociada a una dependencia total o parcial en las actividades de la vida diaria (aseo, vestido, comida, higiene, desplazamiento), y que condicionan un menoscabo en su autonomía personal y social.
- ✦ Presencia o no de trastornos importantes en la deambulación, el tono muscular o los movimientos voluntarios.
- ✦ Presencia o no de alteraciones en el comportamiento y la conducta.
- ✦ Presencia o no de crisis epilépticas.
- ✦ No padecer enfermedad infecto-contagiosa, ni precisar de una asistencia continuada en los hospitales.
- ✦ Ausencia o dificultad para manifestar las necesidades, los sentimientos o los deseos a través de un lenguaje expresivo y/o comprensivo.
- ✦ Necesidad de atención permanente.
- ✦ Tener entre 16 y 65 años y haber sido valorado y calificado por los Equipos Multiprofesionales de los Centros Base.
- ✦ Existencia de una imposibilidad manifiesta para ser atendidos de forma correcta en el seno de la familia, haciendo aconsejable el ingreso definitivo cuando se trate de un centro con régimen de internado.

### d') Servicios que ofrecen

Los servicios que ofrecen los Centros de Atención a las personas con discapacidad psíquica son:

- ✦ Medidas de carácter psicológico, educativo y/o habilitador de aplicación individual que sean necesarias para el desarrollo personal de los usuarios del centro mediante las siguientes actividades o tareas:
  - Talleres ocupacionales que faciliten la adquisición de hábitos y aprendizajes según la capacidad de cada sujeto y favorezcan la capacidad de atención y concentración en las tareas que se han de realizar y estimular el interés del usuario hacia la actividad.
  - Habilitación personal y social.
  - Servicio de atención médico sanitaria y funcional.

## d) Centros Ocupacionales

### a') Definición

Los Centros Ocupacionales fueron previstos en la LISM (art. 53) y regulados por el RD 2.274/1985 y se pueden definir como aquellos establecimientos que tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los discapacitados, cuando por el grado de su discapacidad no puedan integrarse en una Empresa o en un Centro Especial de Empleo (art. 2.2 RD 2.274/1985).

Los Centros Ocupacionales no tendrán, en ningún caso, carácter de centros de trabajo para los discapacitados sujetos de este servicio social (art. 2.3 RD 2.274/1985).

### b') Objetivos

Los Centros Ocupacionales tienen como objetivo la terapia ocupacional, entendiendo por tal, aquellas actividades o labores, no productivas, realizadas por discapacitados, de acuerdo con sus condiciones indi-

viduales, bajo la orientación del personal técnico del Centro encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado (art. 3 RD 2.274/1985).

#### c') Beneficiarios

Podrán integrarse en los Centros Ocupacionales, los discapacitados que reúnan los siguientes requisitos (art. 10 RD 2.274/1985):

- Estar en edad laboral.
- Haber sido valorados y calificados como tales por los Equipos Multiprofesionales.
- Disponer de una resolución motivada del Equipo Multiprofesional sobre la necesidad de integración en un Centro Ocupacional por no ser posible en una Empresa o en un Centro Especial de Empleo, dada la acusada minusvalía temporal o permanente.

La estancia en todos estos Centros es sufragada o bien por un porcentaje sobre la pensión que recibe el beneficiario, o por la renta per cápita familiar, o bien mediante un establecimiento de baremo. Todos estos Centros fijan un coste máximo y mínimo, así como las posibles exenciones de pago por circunstancias especiales.

### B) Servicios Sociales a favor de las personas ancianas

Estos Servicios Sociales tienen como finalidad el ofrecer a las personas de la tercera edad una serie de prestaciones que sustituyan a su actividad laboral, al tiempo que complementan la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de la seguridad Social.

Las prestaciones de Servicios Sociales internos previstas a favor de las personas de la tercera edad en el marco de la Seguridad Social, aunque cada vez más se asumen por las CCAA, son los siguientes:

#### a) La atención en Centros Residenciales

##### a') Definición

Su regulación está contenida en la OM 16-5-1985, que aprueba el Estatuto Básico de estos Centros, y por la Resolución de 26-8-1987.

Los Centros Residenciales para la tercera edad son establecimientos destinados a ser lugar de convivencia y servir de vivienda permanente y común a quienes, habiendo alcanzado la edad de sesenta años, no pudieran satisfacer estas necesidades por otros medios y en los que se presta una asistencia integral y continuada a los usuarios de los mismos (punto 1 Res. 26-8-1987).

##### b') Clases

Los Centros Residenciales en atención a su tipología se clasifican en residencia de válidos, residencias de asistidos y residencias mixtas (punto 2 Res. 26-8-1987).

- Las residencias de válidos son establecimientos destinados a aquellas personas que mantienen unas condiciones personales, físicas y psíquicas, que les permiten realizar por sí mismas las actividades normales de la vida diaria. Este tipo de residencias podrán disponer de unidades asistidas para la atención de los usuarios que ingresados como válidos, experimenten un empeoramiento de sus facultades físicas o psíquicas.
- Las residencias de asistidos son establecimientos destinados a la atención y asistencia de aquellas que presenten una IP que les impida desarrollar las actividades normales de la vida diaria, precisando para ello de la asistencia de terceros.



- Las residencias mixtas son establecimientos que cuentan con servicios e instalaciones para acoger a personas que pueden valerse por sí mismas y aquellas otras que precisan la asistencia de un tercero para desarrollar actividades normales de la vida diaria.

En atención a su titularidad los Centros Residenciales para la tercera edad se clasifican en Residencias del Sistema de la Seguridad Social, Residencias del Estado y residencias de instituciones públicas o privadas sin ánimo de lucro con las que la Seguridad Social mantiene concierto de plazas.

En función de la estancia en estos Centros, se establece la siguiente clasificación (art. 2 OM 16-5-1985):

- Centros de día: son establecimientos abiertos donde se presta a los usuarios diversos tipos de atención y servicios: unos de carácter básico, como la información y participación, y otros tendentes a mejorar la calidad de vida [art. 2.a) Estatuto Básico]. Se exige tener como mínimo 60 años.
- Centros residenciales: son Centros que prestan una asistencia o atención continuada, integral, en régimen de internado. Los requisitos para su acceso son más exigentes (edad, situación sanitaria y obtención de una puntuación mínima en función de un baremo).

### c') Beneficiarios

Podrán ser beneficiarios de los Centros Residenciales para la tercera edad, las personas que reúnan los requisitos siguientes (punto 3 Res. 26-8-1987):

- Tener 60 años cumplidos.
- No padecer enfermedad infecto-contagiosa, enfermedad crónica en estado terminal o enfermedad clínica que requiera atención imprescindible en centro hospitalario.
- No padecer trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en el centro, ni demencia senil avanzada que requiera tratamiento en un centro psiquiátrico.
- Que el beneficiario, cónyuge o acompañante, en su caso, puedan valerse por sí mismos para desarrollar las actividades normales de la vida diaria, cuando soliciten plazas de válidos.
- Que todas o algunas de las personas citadas tengan una IP que les impida valerse por sí mismas y necesiten de asistencia de un tercero, cuando soliciten plaza de asistidos.
- Haber obtenido conforme al baremo en vigor la puntuación exigida, en cada momento, para el ingreso en la residencia solicitada.

Los residentes abonarán en concepto de participación en el coste de financiación de las estancias, una cantidad equivalente al 75 por 100 de la base de cálculo constituida por sus ingresos totales líquidos, sin que en ningún caso la cantidad máxima a abonar será superior al coste medio de las plazas en las residencias del Sistema de la Seguridad Social (punto 39 Res. 26-8-1987).

## b) El Servicio de Termalismo Social

### a') Definición

Esta prestación está regulada en la OM 15-3-1989, modificada parcialmente por la OM 26-12-1990. El objeto de esta prestación es facilitar la asistencia a establecimientos termales de personas que por prescripción facultativa lo precisen.

El Programa de termalismo social está organizado y financiado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del IMSERSO, quien anualmente concierta con establecimientos termales la reserva de plazas en balnearios para la estancia y tratamiento de las personas usuarias del Programa.

### b') Beneficiarios

Para ser beneficiario de una de las plazas del Programa de Termalismo Social es preciso cumplir los siguientes requisitos:

- ✦ Ser pensionista del Sistema de la Seguridad Social por los conceptos de jubilación y de invalidez, en todo caso, y por el concepto de viudedad o de otras pensiones, únicamente cuando la persona beneficiaria haya cumplido los sesenta años de edad.
- ✦ Los españoles residentes en el exterior, siempre que perciban una pensión pública, tengan más de 60 años de edad y cumplan con el resto de requisitos.
- ✦ No padecer trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en los establecimientos, ni enfermedad infecto-contagiosa.
- ✦ Poder valerse por sí mismo.
- ✦ Precisar los tratamientos termales solicitados y carecer de contraindicación médica para la recepción de los mismos.
- ✦ Realizar, en el plazo indicado en la convocatoria de plazas, la solicitud y obtener de conformidad con el baremo establecido, la puntuación que le permita acceder a uno de los balnearios y turnos solicitados.
- ✦ La persona solicitante podrá ir acompañada de su cónyuge o de la persona con quien conviva en relación de pareja, para la que no se exige la obligación de percibir pensión de la Seguridad Social.

### c') Servicios que ofrecen

Dentro del Programa de Termalismo Social se incluyen los siguientes servicios:

- ✦ Alojamiento y manutención en régimen de pensión completa y en habitaciones dobles de uso compartido.
- ✦ Tratamientos termales básicos, que comprenderán:
- ✦ El reconocimiento médico al ingresar en el balneario para prescribir el tratamiento adecuado a cada persona.
- ✦ El tratamiento termal básico que, en cada caso, prescriba el médico del balneario.
- ✦ El seguimiento médico del tratamiento.
- ✦ Póliza colectiva de seguro turístico.

En todo caso las personas beneficiarias de los turnos realizarán los desplazamientos a las estaciones termales, así como el regreso a sus domicilios, por sus propios medios.

## c) El turismo social

### a') Definición

No existe una regulación legal sino un simple pliego de prescripciones técnicas. El Programa de Turismo Social para las personas de la tercera edad es un programa de carácter anual desarrollado por el IMSERSO, por medio del cual se posibilita a través de visitas a los distintos lugares de la geografía española la realización de actividades culturales y el disfrute creativo del tiempo de ocio, al tiempo que se favorecen experiencias de convivencia y solidaridad entre los mayores, y de carácter intergeneracional entre estos y los jóvenes monitores que les acompañan.

### b') Beneficiarios

Para ser beneficiario del Programa de Turismo Social es preciso cumplir los siguientes requisitos:

- ✦ Tener cumplidos 60 años en la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria.

- Ser pensionista. No se exigirá este requisito al solicitante que se encuentre inactivo laboralmente cuyo cónyuge o pareja de hecho sea titular de una pensión, y asimismo tenga cumplidos 60 años en la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria.
- Valerse por sí mismo para viajar, caminar y demás actividades de la vida diaria.
- No presentar alteraciones psíquicas que puedan alterar a la normal convivencia.
- No padecer enfermedad infecto-contagiosa.

*C) Servicio Social de las personas refugiadas y asiladas, así como de integración de los inmigrantes*

Este Servicio Social tiene como finalidad la defensa y protección del derecho de asilo y de los derechos de los refugiados y asilados que huyen por temor fundado de persecución por violación de los Derechos Humanos, al tiempo que se facilita atención social, jurídica, económica y humanitaria a extranjeros que llegan a nuestro país huyendo de vulneraciones de sus derechos humanos, estableciendo programas de atención específicos.

Respecto a la inmigración económica, hay que mencionar la gestión de programas de promoción e integración social de los inmigrantes, aunque básicamente la competencia corresponde a las CCAA a través de los organismos competentes de las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. ASISTENCIA SOCIAL

- ALEMÁN BRACHO, M. C.: «La política de asistencia social desde la transición democrática», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87/1995.
- ALONSO SECO, J. M.: *La Asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, 1997.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La descentralización del estado de bienestar: el conflicto competencial en torno al término “asistencia social” ex artículo 148.1.20.ª CE», *AL*, n.º 21/2010.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «La protección asistencial, un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español», *AL*, tomo 3, 1992.
- DE DIOS VIÉITIZ, M. V.: «Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores», *RJN*, n.º 43/2007.
- GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F.: «Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?», *RMTAS*, n.º 34/2002.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Madrid, 2002.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: «Asistencia social y seguridad social: sus fronteras actuales», *AL*, tomo 2, 1993.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A.: *Protección social, seguridad social y asistencia social: España y la Unión Europea*, Madrid, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «El deslinde entre seguridad social y asistencia social, una cuestión clásica, de nuevo en entredicho», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 20/2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social y asistencia social en el estado de las autonomías», *RL*, n.º 8/2003.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Discriminación por razón de nacionalidad: no es discriminatorio denegar prestaciones de asistencia social a ciudadanos comunitarios aunque se reconozcan a extranjeros irregulares», *AL*, n.º 17/2009.
- SUÁREZ CORUJO, B.: «STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una “novísima” asistencia social?», *RL*, n.º 13/2003.
- *Introducción al Derecho de la protección social*, Valencia, 2006.
- *La protección social en el estado de las autonomías*, Madrid, 2006.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social*, Valencia, 2002.

### II. SERVICIOS SOCIALES

- AGUADO CUDOLÀ, V.: *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía: el impacto de la movilidad de los ciudadanos europeos*, Barcelona, 2009.
- AGUILAR HENDRICKSON, M., y otros: *Servicios sociales y cohesión social*, Madrid, 2011.
- «Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales», *REDT*, n.º 152/2011.
- ALEMÁN BRACHO, M. C., y ALONSO SECO, J. M.: «Los servicios sociales: sistema público de protección social», *REDT*, n.º 151/2011.
- ALEMÁN BRACHO, M. C.; ALONSO SECO, J. M.; FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: *Fundamentos de servicios sociales*, Valencia, 2010.
- ALEMÁN BRACHO, M. C., y GARCÍA SERRANO, M.: *Los servicios sociales especializados en España*, Madrid, 2008.
- ALEMÁN BRACHO, M. C.; TRINIDAD REQUENA, A., y ANGUAS ORTIZ, L. F.: *Servicios Sociales: Planificación y Evaluación*, Pamplona, 2006.

- ALGUACIL MARÍ, P.: «El régimen de Ayudas de Estado en las Entidades sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sociales», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 297, 2009.
- ALONSO GARCÍA, B.: «El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero», *REDT*, n.º 110/2002.
- ALONSO GARCÍA, B., y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Pamplona, 2011.
- ARIAS POU, M.: «Protección de datos en la prestación de servicios sociales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 5, 2009.
- ALONSO PÉREZ, M.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., y REGUERO CELADA, J.: «La protección constitucional de las personas mayores», en *Protección jurídica de los mayores*, 2004.
- CABRA DE LUNA, M. A.: «Recensión al libro “La asistenta social y los servicios sociales en España” de Alonso Seco, José María, y Gonzalo González, Bernardo», *REDT*, n.º 90/1998.
- GALLARDO, M. C.: *Manual de servicios sociales comunitarios*, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ RESA, A.: «Mayores y Familia ante el futuro de los Servicios Sociales», *RMTAS*, n.º 70/2007.
- LÓPEZ PELÁEZ, A.: «Ciudadanía, igualdad y servicios sociales: los límites del discurso neoliberal», *RMTAS*, n.º extraordinario 2008.
- MIGUEZ MACHO, L.: «La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales», *REDA*, n.º 153/2012.
- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: «El Derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros. (Estudio de los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero (RCL 2000, 72), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», *AS*, n.º 11/2005.
- ROCA XIRAU, P.: «Algunos aspectos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la prestación de los servicios sociales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 10/2009.
- ROLDÁN GARCÍA, E., y GARCÍA GIRÁLDEZ, T.: *Políticas de servicios sociales*, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M.: «Visión panorámica sobre las competencias municipales en servicios sociales y análisis de la situación actual», *Revista de Estudios Locales*, n.º 118/2009.
- VVAA: *Leyes de servicios sociales del siglo XXI*, Fundación FOESSA, Madrid, 2010.
- *Los Servicios sociales de atención primaria ante el cambio social*, Madrid, 2007.



## CAPÍTULO 15.

### ACCIÓN PROTECTORA ASISTENCIAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: PRESTACIONES SUBSIDIARIAS

Las prestaciones que se van a estudiar en este capítulo son fruto del carácter universalista del Sistema de Seguridad Social configurado en el artículo 41 CE, cuya característica común es que no exigen períodos previos de cotización para su disfrute. Se estudiarán, en primer lugar, las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación implantadas a partir del año 2000, se continuará por las prestaciones económicas familiares de carácter asistencial y se concluirá el capítulo con el estudio de las prestaciones de desempleo de nivel asistencial y la ayuda económica de acompañamiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación de desempleo. Aunque con carácter subsidiario y no contributivo, todas ellas forman parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social (art. 41.1, c) y d) TRLGSS).

Las prestaciones de este capítulo cumplen una función suplementaria de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, reforzando su cobertura y atendiendo estados de necesidad que el sistema profesional no atiende. En la actualidad estas prestaciones son de capital importancia ya que permiten evitar la exclusión social de importantes sectores de la sociedad, sobre los que recae la grave crisis económica en que estamos inmersos desde 2008. Aunque no aparecen formalmente consideradas como prestaciones asistenciales, las que ahora se estudiarán ciertamente lo son desde el prisma técnico, aunque se diferencian de las complementarias analizadas en el anterior capítulo por su carácter subsidiario o suplementario, lo que significa que, como acaba de señalarse, en ausencia de prestaciones contributivas cubren las situaciones de necesidad desatendidas por éstas.

Es de sentido común y de justicia que una sociedad avanzada del siglo XXI no deba permitir que en su seno existan grupos sociales en situación de marginación sin las necesidades vitales básicas atendidas, por lo que es preciso un esfuerzo presupuestario en pos del objetivo de una vida digna para todos los ciudadanos en detrimento de otras partidas con menor o inexistente calado social. A esta finalidad parece responder la LAAMSS cuando confiere un mandato al Gobierno para que busque fórmulas que hagan compatibles los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de la plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, con especial interés en el cumplimiento de los compromisos de financiación mediante impuestos de los complementos a mínimos de pensiones (Disp. Adic. 12.<sup>a</sup> LAAMSS). También el mismo texto legal faculta al Gobierno para reforzar, desde la vertiente no contributiva, las pensiones de los mayores de edad que viven en unidades económicas unipersonales, sin hacer distinciones por razón de la contingencia protegida (Disp. Adic. 13.<sup>a</sup> LAAMSS). Y, por último, el propio texto normativo hace un doble encargo al

Gobierno: el primero, para que en un plazo de seis meses, a partir de 1 de enero de 2013, realice un estudio que permita delimitar los umbrales de pobreza, conforme a los criterios de la UE, al objeto de reorientar las políticas públicas dirigidas a su erradicación, y el segundo, para que en el plazo de un año, a partir de 1 de enero de 2013, apruebe un Proyecto de Ley de reordenación integral de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, con el objeto de mejorar su cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detecten en el sistema (Disp. Adic. 21.<sup>a</sup> LAAMSS). Encargos normativos todavía pendientes de su cumplimiento.

## I. PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE INVALIDEZ

### I. CONCEPTO

La pensión no contributiva de invalidez es aquella que se percibe como consecuencia de deficiencias de carácter físico o psíquico previsiblemente permanentes, congénitas o no, que anulan o modifican la capacidad física, psíquica o sensorial de quien las padece (art. 367.1 TRLGSS), provocando una discapacidad o una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por 100 [art. 363.1, c) TRLGSS].

De esta definición, extraída del texto legal, se desprenden las siguientes notas características:

- ✦ Se trata de una prestación de carácter asistencial, cuyo reconocimiento no está supeditado a las cotizaciones previamente realizadas, ni tampoco a la incidencia que las lesiones padecidas puedan causar sobre la capacidad laboral del sujeto afectado.
- ✦ El derecho a la pensión no contributiva de invalidez es un derecho subjetivo que puede ser ejercido ante los Tribunales de Justicia por parte de aquellas personas que no cumplen con los requisitos de la pensión contributiva, bien por ausencia de cotización a la Seguridad Social o por haberlo hecho de manera insuficiente (STSJ Madrid 25-5-2000).
- ✦ Los factores físicos, psíquicos, sensoriales o sociales son los criterios determinantes para el percibo de la pensión no contributiva de invalidez.
- ✦ Estos factores físicos, psíquicos, sensoriales o sociales se valorarán mediante la aplicación de un baremo (art. 367.1 TRLGSS) actualmente regulado en el RD 1.971/1999, a pesar de haber sido derogado de manera expresa (Disp. Derog. RD 504/2007), ya que transitoriamente ha quedado en vigor su Anexo 2 hasta tanto no se produzca su revisión (Disp. Trans. 4.<sup>a</sup> RD 504/2007). Lo cual no deja de ser un contrasentido. Por su parte, junto al precitado baremo general existe uno específico regulado por el RD 174/2011, a fin de delimitar la necesidad del concurso de otra persona (art. 367.2 TRLGSS), con determinaciones concretas acerca de la edad y clase de discapacidad del beneficiario de la prestación.
- ✦ Las pensiones de invalidez no contributivas, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniesen percibiendo (art. 367.3 TRLGSS).
- ✦ No existen grados de invalidez no contributiva, a diferencia de lo que ocurre con la prestación contributiva de IP, siendo suficiente para causar derecho a la prestación, como se ha señalado, tener una discapacidad mínima del 65 por 100, aunque exista una situación especial, denominada por algún sector doctrinal como invalidez cualificada, que se produce cuando la discapacidad sea igual o superior al 75 por 100 y que, como consecuencia de la misma, se necesite del concurso de otra persona para realizar los actos más elementales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer o análogos, debido a las pérdidas anatómicas o funcionales padecidas (art. 364.6 TRLGSS).

## 2. BENEFICIARIOS

### A) Requisitos genéricos

Tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos (arts. 363.1 TRLGSS y 1 RD 357/1991):

- Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad.
- Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.
- Estar afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por 100.
- Carecer de rentas o ingresos suficientes.

### B) Requisito específico de residencia legal

El requisito de residencia legal quedará acreditado siempre que, teniendo el interesado domicilio en territorio español, resida en el mismo ostentando la condición de residente (art. 10.1 RD 357/1991).

La residencia no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas (art. 10.2 RD 357/1991).

### C) Requisito específico de insuficiencia de rentas e ingresos

#### a) Concepto de insuficiencia de rentas o ingresos

Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes, cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía de la pensión no contributiva de invalidez que se fije en la correspondiente LPGE, también en cómputo anual (arts. 363.1, d) y 364.2 TRLGSS y 11.1 RD 357/1991).

#### b) Concepto de insuficiencia de renta o ingresos en una unidad económica

Previamente conviene señalar que existe unidad económica cuando hay convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (arts. 363.4 TRLGSS y 13 RD 357/1991).

En estos supuestos de convivencia con otras personas en una misma unidad económica, se entenderá cumplido el requisito de carecer de rentas cuando la suma de las rentas o ingresos computables de todos los integrantes de aquélla, sea inferior, en cómputo anual, al importe de la pensión más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicho importe por el número de convivientes, menos uno (arts. 363.1, d) y 363.2 TRLGSS y 11.2 RD 357/1991).

No obstante, cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes consanguíneos o por adopción en primer grado, el límite de acumulación de recursos será equivalente a dos veces y media la cuantía referida anteriormente (arts. 363.3 TRLGSS y 11.2 RD 357/1991).

#### c) Concepto de renta e ingresos computables y no computables

Se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional (art. 363.5 TRLGSS).

Por rentas de trabajo hay que entender las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena, incluyendo dentro de las mismas las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados, así como cualesquiera otras percepciones supletorias, a cargo de fondos públicos o privados (art. 12.2 RD 357/1991).

Como rentas de capital se computarán la totalidad de los ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, considerándose según sus rendimientos efectivos. De no existir, éstos se valorarán conforme a las normas establecidas en el IRPF, a excepción de la vivienda habitualmente ocupada (art. 12.3 RD 357/1991).

Por el contrario no se considerarán como ingresos computables (art. 12.4 RD 357/1991):

- ✦ Las asignaciones económicas por hijo a cargo, tenga o no la condición de persona con discapacidad, en sus distintas modalidades, otorgadas por el Sistema de la Seguridad Social.
- ✦ El subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, previsto en la LISM, que ha quedado subsistente para los perceptores que ya lo venían disfrutando (art. 8.3 y Disp. Trans. única LEGEDIS).
- ✦ Los premios o recompensas otorgados a personas con discapacidad en los centros ocupacionales.
- ✦ Las prestaciones económicas y en especie otorgadas por la LAPAD.

Tampoco computarán las rentas que perciban, en cómputo anual, los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, se establezcan por cuenta propia o se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, cuando se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa (art. 363.1 TRLGSS), sin perjuicio de que recuperen automáticamente, en su caso, el derecho a seguir percibiendo la pensión.

Asimismo, tampoco computa como renta el complemento destinado a que el gran inválido pueda remunerar a la persona que le atiende, que en ningún caso podrá ser inferior al 45 por 100 de la pensión recibida (STS 28-5-2013).

### 3. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

Los beneficiarios de estas pensiones están obligados a (arts. 149 LGSS, y 16 y 17 RD 357/1991):

- ✦ Comunicar en un plazo de treinta días desde la fecha en que se produjera, cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios o ajenos computables por razón de convivencia y cuantas pudieran tener incidencia en la conservación de la pensión y su cuantía.
- ✦ Reintegrar la percepción indebida de la prestación cuando se hubiere incumplido la obligación de comunicar las variaciones que afecten a la conservación de la pensión, desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, cualquiera que sea el momento en que se detecte la variación, salvo que la acción para solicitar la devolución hubiera prescrito, por transcurso del plazo de cinco años.
- ✦ Presentar en el primer trimestre de cada año una declaración de los ingresos o rentas computables de la unidad económica de convivencia referidas al año inmediatamente anterior. En caso de incumplimiento de dicha obligación y previo requerimiento del organismo gestor al beneficiario, se procederá, como medida cautelar, a suspender el pago de la pensión.
- ✦ Declarar las posibles variaciones en los ingresos o rentas justificados referidos al año en curso, con el objetivo de modificar la cuantía a abonar según el importe vigente de la pensión. En el supuesto de que el beneficiario viera incrementados o minorados las rentas o ingresos, inicialmente previstos, de los que, pudiera derivarse la modificación de la cuantía de la pensión que

viniera percibiendo o la extinción del derecho a la misma, el organismo gestor, sin perjuicio de la regularización que proceda una vez concluido el ejercicio económico de que se trate, revisará el importe de la pensión o interrumpirá el pago de ésta, con efectos del día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido la variación correspondiente.

#### 4. CUANTÍA

La cuantía de la pensión no contributiva de invalidez vendrá fijada anualmente en la correspondiente LGPE y su pago se fraccionará en catorce pagas correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre (arts. 364.1 364.6 TRLGSS y 14.1 RD 357/1991), actualizándose, como mínimo, en el mismo porcentaje anual que las pensiones contributivas (arts. 62 TRLGSS y 14.1 RD 357/1991), salvo que el beneficiario tenga un grado de minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 75 por 100 y necesita la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, en cuyo caso tiene derecho a un complemento equivalente al 50 por 100 de la pensión por incapacidad no contributiva. En el supuesto de que el beneficiario viviera solo o integrado en una unidad económica de convivencia, a la cuantía de la pensión se le reducirá la cuantía de las rentas o ingresos anuales de que disponga (art. 14.2 RD 357/1991).

En el supuesto de que en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas (arts. 364.1 TRLGSS y 14.1 RD 357/1991):

- Al importe anual fijado en la LPGE se le sumará el 70 por 100 de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.
- La cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma anterior por el número de beneficiarios con derecho a pensión.

Las cuantías resultantes calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 35 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje (art. 145.2 LGSS, según redacción dada por la Disp. Final 7.ª LAAMSS que elevó del 25 por 100 al 35 por 100 el importe de las rentas o ingresos anuales respecto a la pensión no contributiva, preceptos hoy recogidos en el art. 364.2 TRLGSS).

En los casos de convivencia del beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarias, si la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas de la forma expuesta, superara el límite de acumulación de recursos (equivalente a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno) la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía, cada una de las pensiones (art. 364.3 TRLGSS).

No obstante, la cuantía mínima de la pensión a reconocer será, en cualquier caso, igual al 25 por 100 de la cuantía de la pensión fijada anualmente en la correspondiente LGPE (arts. 364.4 TRLGSS y 14.4 RD 357/1991) y se redondeará al múltiplo de diez más cercano por exceso (art. 14.5 RD 357/1991).

Además de la pensión no contributiva, está previsto un complemento de pensión, fijado anualmente en la LPGE, para el pensionista que acredite de modo fehaciente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada, siempre que no tenga con el propietario relación de parentesco hasta el tercer grado, ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal. En caso de unidades familiares en que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, sólo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler o, de ser varios, el primero de ellos (art. 2 RD 1191/2012).



## 5. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

### A) *Nacimiento*

El reconocimiento del derecho a la prestación de invalidez no contributiva genera al beneficiario dos tipos de prestaciones.

#### a) Prestaciones en especie

Las prestaciones en especie consistentes en el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por el INSS tanto para el titular como para sus familiares y el acceso a los servicios sociales tanto para el titular como para sus familiares (art. 15.1 RD 357/1991).

A tal efecto, la TGSS expedirá, en favor de los beneficiarios de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, el correspondiente documento que sirva para acreditar, en todo el territorio nacional, su condición de pensionistas de Seguridad Social.

#### b) Prestación económica

Los efectos económicos de la pensión no contributiva se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud (arts. 365 TRLGSS y 15.2 RD 357/1991).

Existen una serie de supuestos particulares previstos reglamentariamente:

- Si como consecuencia de la revisión se reduce el grado inicialmente reconocido, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al que se haya dictado la resolución (art. 5.5, párrafo primero, RD 357/1991).
- Si como consecuencia de la revisión se incrementa el grado de discapacidad inicialmente reconocido y/o se declara la necesidad de concurso de otra persona, a efectos del complemento del 50 por 100, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la solicitud del interesado, salvo que la revisión se hubiera producido de oficio, en cuyo supuesto los efectos económicos serán a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se haya emitido el oportuno dictamen por el equipo de valoración (art. 5.5, párrafo segundo, RD 357/1991).
- Cuando al interesado le fuera denegada la pensión de invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, la correspondiente entidad gestora cursará al organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. En tales supuestos, si se reconociera el derecho a una pensión de Seguridad Social no contributiva, la fecha de efectos económicos de las mismas será el día primero del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario cumpliera en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva (Disp. Adic. 3.ª RD 357/1991).

### B) *Duración*

La pensión no contributiva de invalidez no tiene carácter vitalicio, ya que su duración está limitada al cumplimiento por parte del beneficiario de 65 años, dado que a partir de dicha edad pasa a denominarse de jubilación, aunque no se produzca ninguna variación en su cuantía (art. 367.3 TRLGSS). Igualmente

te, la duración de la prestación puede verse limitada en el tiempo como consecuencia de la mejoría de la discapacidad inicial.

Asimismo, y como ya se señaló, el derecho a la pensión no contributiva de invalidez será suspendido cuando el pensionista sea contratado por cuenta ajena, o se establezca por cuenta propia, o se acoja a los programas de renta de inserción para trabajadores de larga duración mayores de 45 años, sin perjuicio de que recuperen automáticamente, en su caso, el derecho a seguir percibiendo la pensión, cuando cesen en la prestación de servicios o se extinga el programa de renta de inserción (art. 363.1 TRLGSS).

### C) Extinción

La pensión no contributiva de invalidez se extingue por las siguientes causas (art. 7 RD 357/1991):

- Pérdida de su condición de residente legal o traslado de su residencia fuera de territorio español por tiempo superior a 90 días naturales a lo largo del año, salvo que se trate de ausencias del territorio español motivadas por causas de enfermedad debidamente justificadas (art. 51.2 TRLGSS).
- Mejoría de la discapacidad o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65 por 100.
- Disponer de rentas o ingresos suficientes, conforme a los criterios y reglas ya estudiados.
- Fallecimiento del beneficiario.
- Renuncia al derecho (Res. INSS 1-3-1996).

## 6. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

### A) Con el trabajo

Las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva son compatibles con el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo. En el caso de personas que al inicio de una actividad lucrativa vengán percibiendo pensión de invalidez no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de dicha pensión y de los ingresos obtenidos por tal actividad no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del IPREM, excluidas las pagas extraordinarias, y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite (art. 366 TRLGSS).

Como ya se ha dicho, si el beneficiario de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva es contratado por cuenta ajena, se establece por cuenta propia o se acoge a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, se le suspenderá el pago de la prestación hasta tanto no se le extinga su contrato, deje de desarrollar su actividad laboral o cese en el programa de renta activa de inserción, momento en que recuperará automáticamente el derecho a la pensión, sin que se les tenga en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa (art. 363.1 TRLGSS).

### B) Con otras prestaciones

Por otra parte, la pensión no contributiva de invalidez es incompatible con las pensiones asistenciales ya reconocidas, así como con los subsidios de ingresos mínimos y de ayuda a terceras personas derivados de la LISM (art. 18.1 RD 357/1991), así como con la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva y con las asignaciones económicas por hijo discapacitado a cargo (art. 18.2 RD 357/1991).

## 7. GESTIÓN

La gestión de las pensiones no contributivas de invalidez corresponde a los órganos competentes de las CCAA a las que se hubieren transferido las funciones y servicios del IMSERSO, sin perjuicio de que el Gobierno central celebre los oportunos convenios con las CCAA a las que no se hayan transferido dichos servicios para que puedan llevar a cabo dicha gestión [art. 373.1, b), 2 y 3 TRLGSS, art. 21.1 y Disp. Adic. 7.<sup>a</sup> RD 357/1991]. Esta gestión comprende tanto la tramitación y reconocimiento del derecho a las pensiones, en un plazo máximo de noventa días desde la solicitud, como la determinación del grado de minusvalía (art. 21.1 RD 357/1991).

El procedimiento para el reconocimiento de la pensión no contributiva de invalidez se iniciará por el interesado, su representante o por quien demuestre un interés legítimo para actuar a favor de personas con capacidad gravemente disminuida (art. 22.1 RD 357/1991), pudiendo la entidad gestora efectuar la comprobación del cumplimiento de los requisitos que el interesado debe reunir en el momento de la solicitud, así como en momentos posteriores para el mantenimiento del derecho a la pensión o su cuantía (art. 23.1 RD 357/1991). Las denegaciones presuntas y las resoluciones de los órganos gestores que recaigan sobre las pensiones no contributivas podrán ser objeto de reclamación previa a la vía jurisdiccional del orden social, ante el órgano que dictó la resolución (art. 24 RD 357/1991).

El procedimiento para la valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado es competencia de los órganos correspondientes de las CCAA a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad (art. 6.1 RD 1.971/1999), los cuales recabarán a los órganos técnicos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para que efectúen el dictamen-propuesta (art. 9.1 y 2 RD 1.971/1999) como requisito previo al dictado de la resolución (art. 10.1 RD 1.971/1999), contra la cual se podrá interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social.

## II. PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN

### I. CONCEPTO

La pensión no contributiva de jubilación puede definirse como la prestación que se concede a partir de los 65 años a aquellas personas que carecen de recursos económicos suficientes y que no han cotizado a la Seguridad Social o lo han hecho por tiempo insuficiente para tener derecho a las pensiones de nivel contributivo.

De esta definición se desprenden las notas características de las pensiones no contributivas de jubilación:

- Que el beneficiario no haya cotizado previamente a la Seguridad Social, o si lo ha hecho, no haya sido por tiempo suficiente para causar pensiones de nivel contributivo. De aquí deriva el carácter asistencial de la pensión, aunque tampoco se trate de una ayuda asistencial en sentido estricto, considerada como concesión discrecional o supeditada a la disponibilidad presupuestaria, sino de un derecho subjetivo a la pensión que debe ser reconocido cuando el beneficiario reúna los requisitos legalmente exigidos.

- Que tenga cumplidos los 65 años de edad. La fijación de esta edad denota el carácter subsidiario de esta modalidad no contributiva, configurada para las personas que no pueden acceder a la pensión contributiva al cumplir dicha edad por carecer del período de cotización exigido.
- Que el beneficiario se encuentre en una situación de necesidad, al carecer de recursos económicos propios o ser éstos insuficientes conforme a la determinación normativa que establece los límites de insuficiencia de rentas o ingresos a este respecto.

Conviene advertir que, a diferencia de lo establecido para la pensión contributiva de jubilación (art. 204 TRLGG), en la modalidad no contributiva no se exige el cese en el trabajo (art. 369.1 TRLGSS), que, por ello, puede o no producirse de forma completa o parcial, teniendo en cuenta que los ingresos que se sitúan por debajo de los límites establecidos para el acceso a esta modalidad no contributiva pueden derivar del trabajo (art. 369.1 TRLGSS en relación con el art. 363.5 del mismo cuerpo legal). Precisamente por la posibilidad de compatibilizar el trabajo con esta modalidad no contributiva, la doctrina judicial considera impropio denominarla «pensión» (SSTSJ/Cataluña 19-7-1996 y Andalucía, Málaga, dde 9-3-1998).

## 2. BENEFICIARIOS

Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos (arts. 369.1 TRLGSS y 8 RD 357/1991):

- Haber cumplido los sesenta y cinco años de edad.
- Residir legalmente en territorio nacional y haberlo hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión.
- Carecer de rentas o ingresos suficientes.

Respecto a los requisitos de residencia e insuficiencia de rentas, es necesario remitirse a lo expuesto para la pensión no contributiva de invalidez.

## 3. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

Los beneficiarios de las pensiones de jubilación no contributiva deberán cumplir con las mismas obligaciones ya expuestas para los beneficiarios de las pensiones no contributivas de invalidez (art. 372 TRLGSS).

## 4. CUANTÍA

La cuantía de la pensión de jubilación no contributiva es idéntica a la cuantía de la pensión no contributiva de invalidez (art. 370 TRLGSS), por lo que debe darse por reproducido lo expuesto a este respecto con anterioridad.

## 5. DINÁMICA

### A) Nacimiento

El reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación no contributiva genera, al igual que la prestación no contributiva de invalidez, dos tipos de prestaciones: las prestaciones en especie (asistencia sanitaria y servicios sociales), y la prestación económica, consistente en una pensión cuyo derecho a la misma se inicia a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud (art. 371 TRLGSS).

### B) Duración

La pensión de jubilación no contributiva no tiene carácter vitalicio, dado que su percepción está condicionada a las variaciones de las rentas o al mantenimiento de la residencia del beneficiario.

### C) Extinción

La pensión no contributiva de jubilación se extinguirá en los siguientes supuestos (art. 9 RD 357/1991):

- Pérdida de la condición de residente legal o traslado de la residencia fuera de territorio español por tiempo superior a noventa días naturales a lo largo del año, salvo que se trate de ausencias del territorio español motivadas por causas de enfermedad debidamente justificadas (art. 51.2 TRLGSS).
- Disponer de rentas o ingresos suficientes en los términos ya expuestos para la pensión no contributiva de invalidez.
- Fallecimiento del beneficiario.
- Renuncia al derecho (Res. INSS 1-3-1996).

## 6. INCOMPATIBILIDADES

La incompatibilidad entre el derecho a la pensión no contributiva de jubilación y la realización de trabajo es una cuestión controvertida, tanto en el campo de la doctrina como en el de la jurisprudencia. La regla general es la de incompatibilidad del percibo de la prestación no contributiva con la realización de actividades económicas que den lugar a su inclusión en el Sistema de la Seguridad Social. Por lo tanto, *a sensu contrario*, se podría afirmar que la pensión no contributiva de jubilación es compatible con la realización de actividades marginales excluidas de relación laboral y que no den lugar a su inclusión en el campo de aplicación de ningún régimen de seguridad Social. No obstante, desde algún sector doctrinal se ha considerado que dado el carácter subsidiario de la pensión no contributiva de jubilación respecto a las prestaciones contributivas de Seguridad Social es totalmente innecesaria la incompatibilidad con el trabajo, posición esta última con mayor fundamento máxime si se tiene en cuenta la escasa cuantía de la pensión en su modalidad no contributiva.

Por otra parte, la pensión no contributiva de jubilación es incompatible con las pensiones asistenciales ya reconocidas, así como con los subsidios de ingresos mínimos y de ayuda a terceras personas derivados de la LISM, debiendo optarse por alguna de las prestaciones declaradas incompatibles (art. 18.1 RD 357/1991), así como con la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva y con las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo (art. 18.2 RD 357/1991).

## 7. GESTIÓN

La pensión de jubilación no contributiva se gestionará por los mismos órganos administrativos que la pensión no contributiva de invalidez, por lo que nos remitimos a lo expuesto para dicha pensión (art. 373.1, b), 2 y 3 TRLGSS).

## III. PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS

### I. CONCEPTO

Las prestaciones familiares no contributivas de la Seguridad Social se pueden definir como aquellas atribuciones patrimoniales que tienen como finalidad dar cobertura a los estados de necesidad económica



que se producen o pueden producirse como consecuencia del incremento de las cargas económicas de la familia por tener uno o varios hijos o menores acogidos a cargo.

### A) Sujetos causantes

De este concepto se desprende que los sujetos causantes de las prestaciones familiares no contributivas son (art. 351 TRLGSS):

- Los hijos menores de 18 años, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación.
- Los hijos mayores de 18 años que estén afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos.
- Los menores a cargo acogidos en régimen de acogimiento familiar, permanente o de guarda con fines de adopción.

### B) Concepto de hijo o menor a cargo

Se entiende que el hijo o el menor acogido está a cargo del beneficiario cuando conviva y dependa económicamente del mismo (art. 9.1 RD 1.335/2005), considerando que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido conviva con el beneficiario, salvo prueba en contrario, sin que rompa la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares (art. 9.2 RD 1.335/2005).

También se considerará que el hijo o el menor acogido está a cargo del beneficiario, aunque realice un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, cuando continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y los ingresos percibidos por aquél en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 100 por 100 del SMI vigente en cada momento, en cómputo anual. Tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquel en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación (art. 351, a) TRLGSS).

No obstante, se considerará que el hijo o el menor acogido no está a cargo del beneficiario:

- Cuando sea perceptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos (art. 9.4 RD 1.335/2005).
- Cuando trabajen por cuenta ajena o propia y las rentas de trabajo percibidas superen el 100 por 100 del SMI vigente en cada momento, en cómputo anual.
- Cuando sean beneficiarios de las ayudas previstas para los afectados por el VIH, siempre que dichas ayudas no superen el 100 por 100 del SMI vigente en cada momento, en cómputo anual.

## 2. TIPOS DE PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS

Las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva son las siguientes (arts. 351 TRLGSS y 3 RD 1.335/2005):

- Asignación económica por cada hijo menor de 18 años, o mayor con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100 a cargo del beneficiario.
- Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales, y en los casos de madres discapacitadas.
- Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Hasta 1-1-2011 existió, también, una prestación familiar no contributiva denominada prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, conocida popularmente como cheque bebe, pero que debido a la crisis económica fue suprimida por el RDL 8/2010, de 20 de mayo.

## A) *Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo*

### a) Concepto

Esta asignación económica, de carácter no contributivo, se concede por cada hijo a cargo, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, o menor acogido en régimen de acogimiento familiar, permanente o de guarda con fines de adopción, siempre que sea menor de 18 años o discapacitado en un grado superior al 65 por 100 [art. 352.1, b) TRLGSS].

### b) Beneficiarios

Serán beneficiarios de esta prestación las personas que reúnan los siguientes requisitos (art. 352 TRLGSS):

- Residir legalmente en territorio español.
- Tener hijos a su cargo menores de 18 años o mayores discapacitados en un grado superior al 65 por 100, así como menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o de guarda con fines de adopción.
- No percibir ingresos anuales de cualquier naturaleza en cuantía superior a 11.576, 83 €.
- No tener derecho a otra prestación de la misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

También serán beneficiarios de la asignación económica (art. 352.2 TRLGSS):

- Los huérfanos de padre y madre, menores de 18 años o discapacitados en un grado igual o superior al 65 por 100. Respecto a los menores no discapacitados será requisito indispensable que sus ingresos anuales, incluida, en su caso, la pensión de orfandad, no superen el límite anual de 11.576, 83 €.
- Los que hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o de guarda con fines de adopción.
- Los hijos discapacitados mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar.

### c) Límite de ingresos

Respecto al requisito de no percibir ingresos anuales en cuantía superior a la fijada en la correspondiente LPGE (en la actualidad establecida en el art. 352.1, c) TRLGSS como ya se ha señalado), está previsto que este límite pueda incrementarse en un 15 por 100 por cada hijo menor a cargo, a partir del segundo, incluyendo a éste (art. 352.1, c) TRLGSS), salvo que el hijo o menor acogido a cargo sea discapacitado en cuyo caso no se exigirá límite de recursos económicos (art. 352.3 TRLGSS). No obstante, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas, también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.423, 84 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.822,18 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (art. 352.1, c) 2º TRLGSS).

También podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, quienes perciban ingresos anuales, por cualquier naturaleza, que, superando las cifras indicadas, sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios. En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de aplicar la antedicha suma. Dicha cuantía será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación (art. 352.1, c) 5º y 6º TRLGSS).

Por el contrario, se considerará que se supera el límite de ingresos y, por tanto, no tienen la condición de beneficiarios:

- Cuando exista convivencia entre padre y madre y la suma de los ingresos de ambos superase los límites de ingresos legalmente establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar (352.1, c) 3º TRLGSS).
- Cuando la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de la cuantía que resulte de sumar a la cantidad fijada anualmente en la norma legal el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios, sea inferior al importe mensual de la asignación por cada hijo o menor a cargo no discapacitado (352.1, c) 7º TRLGSS).

*B) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100*

a) Beneficiarios

Serán beneficiarios de esta prestación el padre, la madre o, en su defecto, persona que reglamentariamente se establezca, siempre que reúnan los requisitos de residencia legal en España, no superen el límite legal de ingresos establecido para la prestación de asignación económica por hijo o menor a cargo (supra A) y no tengan derecho a otra prestación de la misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social y se trate (art. 357.1 y 3 TRLGSS):

- De familia numerosa según lo dispuesto en la Ley 40/2003.
- De familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.
- De madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100.

b) Límite de ingresos en caso de convivencia del padre y de la madre

En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, no se le reconocerá a ninguno la condición de beneficiario si la suma de los ingresos superase los límites establecidos legalmente, que son los previstos en el art. 352.1 TRLGSS para la prestación de asignación económica por hijo o menor a cargo (art. 357.3 TRLGSS).

*C) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple*

a) Concepto de parto o adopción múltiple

Se entiende que existe parto o adopción múltiple cuando el número de nacidos o adoptados es igual o superior a dos (art. 359 TRLGSS). En el caso de que uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por 100 computa el doble (art. 24.2 RD 1335/2005).

b) Beneficiarios

Para ser beneficiario de esta prestación hay que reunir los siguientes requisitos (art. 359 TRLGSS):

- Residir legalmente en territorio español.
- No tener derecho el padre ni la madre a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier régimen público de protección social.

### 3. CONTENIDO Y DINÁMICA

#### A) Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

##### a) Contenido

Las cuantías de las asignaciones por hijo a cargo o menor acogido o por hijo con discapacidad vienen establecidas en el artículo, fijándose actualmente con carácter general en 291 euros anuales (art. 353 TRLGSS).

No obstante, se establecen cuantías anuales específicas para los supuestos en que el hijo o menor acogido a cargo tenga la condición de discapacitado, quedando fijadas en función del grado de discapacidad del siguiente modo (353 TRLGSS):

- 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga una discapacidad igual o superior al 33 por 100;
- 4.414,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad igual o superior al 65 por 100.
- 6.622,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por 100 y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

##### b) Dinámica

###### a') Nacimiento

El reconocimiento del derecho a la asignación económica surte efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud (art. 17.1 RD 1.335/2005). Este mismo criterio se aplicará en el caso de modificaciones en el contenido del derecho, que supongan un aumento en la cuantía de la asignación económica que se viniera percibiendo (art. 17.1, segundo párrafo, RD 1.335/2005).

###### b') Duración

El derecho a la asignación económica se mantendrá mientras los sujetos beneficiarios y los hijos o menores acogidos a su cargo sigan reuniendo las condiciones exigidas.

Cuando se produzca un cambio en la titularidad del derecho, bien por fallecimiento del beneficiario o bien por nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio de los progenitores, el progenitor que se haga cargo de los menores continuará percibiendo la asignación económica sin solución de continuidad, o en caso de fallecimiento de padre y madre, el huérfano absoluto percibirá la asignación, siempre que se mantengan los requisitos exigidos.

###### c') Extinción

El derecho a la asignación económica por hijo a cargo se extinguirá o reducirá en los siguientes supuestos:

- Cuando se produzcan variaciones en la situación familiar, manteniéndose el derecho hasta el último día del trimestre natural en que se produzcan aquéllas (art. 17.2 RD 1.335/2005).
- Cuando se produzcan variaciones de los ingresos anuales que superen los límites establecidos legalmente. Los efectos de la extinción o variación se producirán a partir del 1.º de enero del año siguiente al que correspondan dichos ingresos (art. 17.3 RD 1.335/2005).
- Por incompatibilidad del derecho:

- Al ser el hijo causante pensionista de invalidez o jubilación en su modalidad contributiva; perceptor del subsidio de garantía de ingresos mínimos y de ayuda de tercera persona de la LISM y otras percepciones de naturaleza asistencial.
- Al ser el beneficiario pensionista de MUFACE.
- Al ser el padre o madre perceptor de cualquier prestación establecida en los regímenes públicos de protección social (art. 30.2 RD 1.335/2005).
- ✦ Por el cumplimiento de la edad de 18 años cuando se trate de hijo o menor acogido no discapacitado.
- ✦ Por desaparición o supresión de la discapacidad por mejoría del hijo causante mayor de 18 años.
- ✦ Por fallecimiento del hijo o menor acogido.

*B) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100*

La prestación consistirá en un pago único de 1.000 euros (art. 358.1 TRLGSS).

No obstante, en los casos en que los ingresos anuales percibidos por los beneficiarios superaran el límite establecido legalmente, pero sean inferiores al resultado de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el resultado de dicha suma. Por el contrario, no se reconocerá la prestación en los supuestos en que dicha diferencia sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o acogido no discapacitado (art. 358.2 TRLGSS).

*C) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple*

La prestación consiste en un pago único, resultante de multiplicar el importe del SMI por 4 en caso de que hayan nacido dos hijos, por 8 en caso de que hayan nacido tres hijos o por 12 en caso de que hayan nacido cuatro o más hijos (art. 360 TRLGSS).

El percibo de esta prestación económica es compatible con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple cuya cuantía será variable en función del número de hijos o adoptados.

La solicitud de la prestación se podrá efectuar a partir de la inscripción del descendiente en el registro civil.

#### 4. DISPOSICIONES COMUNES SOBRE INCOMPATIBILIDADES

En el supuesto de que concurran en el padre y la madre las circunstancias necesarias para tener la condición legal de beneficiario de estas prestaciones familiares no contributivas, el derecho a percibir las sólo puede reconocerse a favor de uno de ellos (art. 361.1 TRLGSS),

Las prestaciones familiares no contributivas reguladas en el título VI, capítulo I del TRLGSS son incompatibles con la percepción, por parte del padre o de la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social (art. 361.2 TRLGSS),,

La percepción de las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo, establecidas en las letras b) y c) del artículo 353.2 TRLGSS (supuestos de hijo a cargo mayor de 18 años y con discapacidad igual o superior al 65 por ciento, así como de hijo a cargo mayor de dicha edad y con discapacidad igual o superior al 75 por ciento), es incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación no contributivas (art. 361.3 TRLGSS).



## 5. GESTIÓN

El reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo corresponderá al INSS (art. 27 RD 1.335/2005), mientras que su pago lo realizará la TGSS, de forma semestral en las asignaciones por hijo o menor de 18 años, y de forma mensual en las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo mayor de 18 años (arts. 184.2 LGSS y 18.2 RD 1.335/2005). No obstante, la determinación del grado de discapacidad y la necesidad del concurso de tercera persona corresponderá a los equipos de valoración del IMSERSO o a los órganos correspondientes de las CCAA a las que se hayan transferido los servicios (art. 15 RD 1.335/2005).

El reconocimiento del derecho a la prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100, corresponderá al INSS (art. 27 RD 1.335/2005), mientras que su pago lo realizará la TGSS.

La gestión y administración de la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple corresponde al INSS (art. 27 RD 1.335/2005), si bien su pago lo realizará la TGSS.

## IV. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE NIVEL ASISTENCIAL

### I. CONCEPTO

Dotado de un carácter complementario del nivel contributivo, el nivel asistencial de desempleo puede definirse como aquel nivel de protección de los desempleados que, por motivos legalmente tasados, no han podido volver a trabajar o acceder al nivel contributivo o lo han agotado.

La protección de desempleo de nivel asistencial comprenderá las prestaciones siguientes (art. 265.1, b) TRLGSS).

#### A) *Subsidio por desempleo*

La cuantía del subsidio por desempleo será la equivalente al 80 por 100 del IPREM mensual, vigente en cada momento (art. 278.1 TRLGSS). El RDL-MESFO introdujo la novedad de que en el caso de que el contrato de trabajo extinguido lo sea a tiempo parcial se aplicará la parte proporcional del IPREM en función de las horas previamente trabajadas (art. 217.1 LGSS según redacción dada por el art. 17.Nueve RDL-MESFO); cambio normativo recogido en la actualidad en el art. 278.1 TRLGSS).

Este cambio de criterio normativo se sitúa en la línea de hacer recaer las consecuencias de la crisis económica en los colectivos más desprotegidos de la sociedad.

#### B) *Abono de la cotización durante la percepción del subsidio*

Dicho abono se establece para dos supuestos:

Durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años el SEPE cotizará por la contingencia de jubilación (art. 280.1 TRLGSS). El hoy derogado artículo 218.1 LGSS (en la redacción dada al mismo por el art. 17.Diez RDL-MESFO) elevó la edad de 52 años a 55 años para los perceptores del subsidio especial, en la misma dirección apuntada en el apartado B) anterior de desplazar los efectos de la crisis económica a los referidos colectivos.

En los casos de trabajadores fijos discontinuos que perciban el subsidio por desempleo, se establece la siguiente diferenciación (art. 280.2 TRLGSS):

- Si son menores de cincuenta y cinco años y el beneficiario ha acreditado, a efectos del reconocimiento del subsidio, un período de ocupación cotizada de ciento ochenta o más días, el SEPE

ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación durante un período de sesenta días, a partir de la fecha que nazca el derecho al subsidio.

- Si son mayores de cincuenta y cinco años, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación durante toda la percepción del subsidio una vez cumplida la edad indicada.

La base de cotización por la que cotizará el SEPE será el tope mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 280.3 TRLGSS).

### C) Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, a las prestaciones familiares, en las mismas condiciones que los trabajadores incluidos en algún régimen de Seguridad Social

Se hace remisión expresa a lo estudiado en el Capítulo 8, I y en el epígrafe anterior de este mismo capítulo.

## 2. BENEFICIARIOS

### A) Identificación de colectivos

Serán beneficiarios del subsidio de desempleo (art. 274 TRLGSS):

a) Los desempleados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- Haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares.
- Haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento.
- Ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al EEE, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo.
- Haber sido declarado plenamente capaz o inválido en el grado de IP parcial para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de invalidez en los grados de IP total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, IP absoluta para todo trabajo o gran invalidez.
- Haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. La jurisprudencia ha entendido que los reclusos con responsabilidades familiares también son beneficiarios del subsidio (STS 10-12-2012), prevaleciendo de esta manera la protección social, económica y jurídica de la familia frente a los requisitos para que pueda declararse el derecho al subsidio, esto es, el compromiso de actividad y la búsqueda activa de empleo.

Los liberados de prisión que cumplan los requisitos legales de acceso al subsidio por desempleo, aunque no reúnan el relativo al período de espera, han de acreditar ciertos extremos para obtener dicho subsidio cuando hayan sido condenados por la comisión de los delitos establecidos en los párrafos a), b), c) o d) del apartado 2 del artículo 36 del CP. Los requisitos exigidos al respecto dependen del tipo de delito cometido.

Si se trata de los delitos contemplados en las letras a) o b) del artículo 36.2 CP (delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal) han de acreditar que han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (relativos a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por determinados delitos de terrorismo).

Si los delitos son los regulados en las letras c) o d) del artículo 36.2 del CP (delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años) deben acreditar que han satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada para reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas.

- Los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo superior a seis meses, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años.
- Las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad (art. 87 CP).

b) Los desempleados que, reúnan todos los requisitos anteriores, salvo el relativo al período de espera, se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización, siempre que:

- Hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares.
- Hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares.

c) Los trabajadores mayores de 55 años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social. Para el percibo del subsidio el trabajador deberá tener cumplida la edad de 55 años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio de los supuestos descritos anteriormente o cumplirla durante su percepción. No obstante, aunque el solicitante carezca de rentas, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supera el 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias (art. 275.2, 2º TRLGSS).

## *B) Alcance de los requisitos de parentesco y renta*

Para la determinación completa de los beneficiarios es fundamental precisar el alcance legal de dos requisitos: el de responsabilidades familiares y el de carencia de rentas.

### *a) Responsabilidades familiares*

Se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por

100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Quedan excluidos del concepto de familiares a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275.3 TRLGSS).

El requisito de familiares a cargo deberá concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio. A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo, o la de agotamiento del derecho semestral, o la de finalización de la causa de suspensión (art. 275.5 TRLGSS).

#### b) *Carencia de rentas o ingresos computables*

Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo, el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo, independientemente que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica (art. 275.4 TRLGSS).

También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente (art. 275.4 TRLGSS). La modificación del por el artículo 17.Siete RDL- MESFO del derogado artículo 215.3 consistió en elevar del 50 por 100 al 100 por 100 la aplicación del tipo de interés legal del dinero vigente.

Por su parte, las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto y el rendimiento de las actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención.

El SEPE podrá exigir al trabajador que acredite las rentas percibidas mediante una declaración de las mismas, o en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas (art. 275.4 TRLGSS).

Por último apuntar, como ya se hizo con el requisito de responsabilidades familiares, que el requisito de carencia de rentas deberá concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio. A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo, o la de agotamiento del derecho semestral, o la de finalización de la causa de suspensión (art. 275.5 TRLGSS).

### 3. DINÁMICA

#### A) *Nacimiento*

El derecho al subsidio por desempleo nacerá a partir del día siguiente a aquel en que se cumpla el plazo de espera de un mes, salvo en los siguientes supuestos (art. 276.1 TRLGSS):

- En el subsidio previsto para los parados que no reúnan el requisito de espera nacerá a partir del día siguiente al de la situación legal de desempleo, con la salvedad de que existan períodos de vacaciones no disfrutadas antes de que finalice la relación laboral, o antes de que finalice la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, en cuyo caso la situación

legal de desempleo y el nacimiento del derecho al subsidio se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo legal.

- ✦ En el subsidio especial para mayores de cincuenta y cinco años nacerá a partir del día siguiente al cumplimiento de esta edad, salvo que el beneficiario acceda directamente, en cuyo caso se aplica la regla general (art. 23.4 RD 625/1985).

Para que se produzca el nacimiento del derecho según las reglas anteriores, será necesario, para todos los subsidios, la inscripción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma, que se solicite dentro de los quince días siguientes a las fechas anteriormente señaladas y que en la fecha de solicitud se suscriba el compromiso de actividad. Si se presenta la solicitud transcurrido el plazo citado, el derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud, reduciéndose su duración en tantos días como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho, de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiera formulado la solicitud (arts. 275.1 y 276.1 TRLGSS).

### B) Duración

Con carácter general la duración del subsidio por desempleo será de seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses, con las excepciones siguientes (art. 277 TRLGSS):

- ✦ Desempleados que hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares, que en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo sean:
  - Mayores de 45 años que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento veinte días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de veinticuatro meses.
  - Mayores de 45 años que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento ochenta días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de treinta meses.
  - Menores de 45 años que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, ciento ochenta días. En este caso, el subsidio se prorrogará hasta un máximo de veinticuatro meses.
- ✦ Desempleados mayores de cuarenta y cinco años que hayan agotado la prestación por desempleo y carezcan de responsabilidades familiares en la fecha del agotamiento. En este caso la duración del subsidio será de seis meses improrrogables.
- ✦ Desempleados que reúnan todos los requisitos excepto el relativo al período de espera, se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, la duración será la siguiente:
  - En el caso de que el trabajador tenga responsabilidades familiares:
    - 3 meses de cotización darán lugar a 3 meses de subsidio.
    - 4 meses de cotización darán lugar a 4 meses de subsidio.
    - 5 meses de cotización darán lugar a 5 meses de subsidio.
    - 6 o más meses de cotización darán lugar a 21 meses de subsidio, prorrogables por otros seis meses hasta agotar su duración máxima.
  - En el caso de que el trabajador carezca de responsabilidades familiares: la duración del subsidio será de seis meses improrrogables, si tiene al menos seis meses de cotización.
- ✦ Trabajadores mayores de 55 años, aunque no tengan responsabilidades familiares, y hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación, la duración del subsidio se extenderá, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación.



- ✦ Trabajadores fijos discontinuos. La duración del subsidio será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud, en los siguientes supuestos:
  - Estar inscritos como demandantes de empleo durante un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, carezcan de rentas en los términos ya señalados. Además, deben hallarse en una de estas dos situaciones: haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares, o haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayores de 45 años en la fecha del agotamiento.
  - Hallarse en situación legal de desempleo y sin derecho a prestación contributiva por desempleo por no haber cubierto el período mínimo de cotización siempre que hayan cotizado un mínimo de tres meses y tengan responsabilidades familiares, o hayan cotizado un mínimo de seis meses aunque carezcan de responsabilidades familiares.

### C) Suspensión y extinción

Al subsidio de desempleo le serán aplicables las mismas normas sobre suspensión y extinción que para la prestación contributiva de desempleo (art. 279.1 TRLGSS). No obstante, existen unos supuestos específicos de suspensión y extinción del subsidio:

- ✦ El subsidio se suspenderá por la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las exigidas legalmente para su disfrute y por dejar de reunir por tiempo inferior a doce meses el requisito de responsabilidades familiares, cuando hubiese sido necesario para el reconocimiento del derecho. Tras dicha suspensión, el trabajador podrá reanudar la percepción del subsidio siempre que acredite el requisito de carencia de rentas y, en su caso, el de responsabilidades familiares (art. 279.2 TRLGSS).
- ✦ El subsidio se extinguirá cuando la obtención de rentas o la inexistencia de responsabilidades familiares, se mantenga por tiempo igual o superior a doce meses. Tras dicha extinción, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio si vuelve a encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones previstas para su concesión y reúne los requisitos exigidos (art. 279.3 TRLGSS).

## 4. INCOMPATIBILIDADES

El régimen de incompatibilidades del subsidio de desempleo es el mismo que el de la prestación contributiva, por lo que existe como regla general una incompatibilidad total con el trabajo por cuenta ajena y cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (art. 282.1 TRLGSS). Asimismo será incompatible el percibo del subsidio de desempleo con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social (art. 282.2 TRLGSS).

Este régimen general de incompatibilidad de la percepción del subsidio con el trabajo y con las prestaciones económicas de la Seguridad Social tiene las siguientes excepciones:

- ✦ Cuando el trabajo se realice por cuenta ajena a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado (art. 282.1 TRLGSS).
- ✦ Cuando las pensiones o prestaciones económicas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación de desempleo (art. 282.2 TRLGSS).
- ✦ Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción

del subsidio por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la Entidad Gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social y el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia del subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe del subsidio (art. 282.3 TRLGSS).

- ✦ Para facilitar el derecho a la formación de trabajadores ocupados, así como incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados, se prevé el establecimiento de programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo, pudiendo compatibilizar las prestaciones con el trabajo (art. 282.3 TRLGSS).

## V. AYUDA ECONÓMICA DE ACOMPAÑAMIENTO DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PRESTACIÓN DE DESEMPLEO

### 1. OBJETO

El programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo es un programa específico de carácter nacional que tiene por objeto llevar a cabo acciones de políticas activas de empleo que permitan la recualificación de sus beneficiarios para incorporarse a nuevos puestos de trabajo, especialmente en sectores emergentes y con potencial de crecimiento, al tiempo que establece ayudas económicas de acompañamiento (Exposición de Motivos y art. 2 del RDL 1/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, prorrogado por el art. único.1 RDL 23/2012, de 24 de agosto y por el art. 1 RDL 1/2013, de 25 de enero).

### 2. DURACIÓN DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

Este programa específico de recualificación profesional tenía una duración inicial de seis meses (art. 2.1 RDL 1/2011) y ha sido prorrogado en varias ocasiones (RDL 10/2011; RDL 20/2011; RDL 23/2012 y RDL 1/2013) por sendos períodos de seis meses.

Así, el programa ha sido prorrogado por cuarta vez por el período de tiempo comprendido entre el día 16 de febrero de 2013 y el día 15 de agosto de 2013, ambos inclusive (art. 1 RDL 1/2013), sin perjuicio de que existe la previsión de su prórroga automática por períodos de seis meses a partir del 16 de agosto de 2013 siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20 por 100 según la EPA publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga y se continúen reuniendo los requisitos exigidos para aplicación (Disp. Adic. 2.ª RDL 1/2013), de modo que dicha prórroga automática sigue actuando en la actualidad.

### 3. BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA

Serán beneficiarias del programa de recualificación profesional las personas que reúnan los siguientes requisitos (art. único.2 RDL 23/2012).

- ✦ Que estén desempleadas como consecuencia de la extinción de su relación laboral.
- ✦ Que estén inscritas como demandantes de empleo en las Oficinas de Empleo al menos doce de los últimos dieciocho meses anteriores a la solicitud.

- Que agoten la prestación por desempleo de nivel contributivo en el período de tiempo establecido y no tengan derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo o bien hayan agotado alguno de estos subsidios, incluidas sus prórrogas.
- Que tengan responsabilidades familiares, para cuyo concepto se hace remisión al punto IV, 2, A) de este capítulo (art. 275.3 TRLGSS).
- Que el solicitante carezca de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No obstante, aunque el solicitante carezca de rentas, si convive con padres y/o cónyuge, y/o hijos menores de 26 años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100, o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Respecto al concepto de rentas o ingresos computables se hace remisión a lo expuesto en el punto IV, 2, B) de este capítulo (art. 275.2 TRLGSS) a los que hay que añadir como renta el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las CCAA y las entidades locales.

Por el contrario, no podrán acogerse a este programa (art. único.4 RD 23/2012):

- Las personas que hubieran percibido la prestación extraordinaria del programa temporal de protección por desempleo e inserción.
- Las personas que hubieran sido o pudieran ser beneficiarias del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo en los términos establecidos en el RDL 1/2011, incluidas sus prórrogas.
- Las personas que hubieran agotado o pudieran tener derecho a la renta activa de inserción.
- Las personas que hubieran agotado la renta agraria o el subsidio por desempleo, ambos en favor de los trabajadores eventuales del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

#### 4. DERECHOS DE LOS BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

Las personas beneficiarias de este programa tendrán derecho a (art. único.5 RDL 23/2012):

- Realizar un itinerario individualizado y personalizado de inserción, que contemple el diagnóstico sobre su empleabilidad, así como las medidas de políticas activas de empleo dirigidas a mejorarla.
- Participar en medidas de políticas activas de empleo encaminadas a la recualificación y/o reinserción profesional necesarias para que puedan incorporarse a nuevos puestos de trabajo, especialmente las dirigidas a la obtención de las competencias profesionales más necesarias para su colocación estable.
- Recibir una ayuda económica de acompañamiento del 75 por 100 del IPREM mensual, hasta un máximo de seis meses. No obstante, si la persona tiene a su cargo en el momento de la solicitud, al menos, a tres miembros de la unidad familiar, la ayuda será equivalente al 85 por 100 del IPREM.
  - A estos efectos, se entenderá como familiar a cargo al cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 o menores acogidos, y que carezcan individualmente de rentas propias superiores al 75 por 100 del SMI en cómputo mensual excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

- Cuando el solicitante, o cualquier miembro de su familia, tenga derecho a percibir los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las CCAA y las entidades locales, la ayuda económica contemplada en el número anterior sumada al importe de aquéllas no podrá superar el 75 por 100 del SMI. En el caso de que se superara este límite, se descontará de la ayuda el importe que exceda de dicha cantidad.

No obstante, la ayuda económica sólo podrá reconocerse una vez iniciado el itinerario individualizado y personalizado de inserción y su percepción estará condicionada a la participación en el mismo (art. único.7, *in fine*, RDL 23/2012).

## 5. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

Las personas beneficiarias vendrán obligadas, a lo largo de toda la duración del programa (arts. único.8 RDL 23/2012 y 4 Resolución de 30-8-2012):

- A mantener la condición de persona inscrita como demandante de empleo, en situación de alta o suspensión por causa de maternidad, paternidad o asistencia a acciones formativas durante todo el período en el que perciban esta ayuda.
- A participar en las acciones de políticas activas de empleo y de búsqueda de empleo que les propongan los SPE de las CCAA y el SEPE en el ámbito de sus respectivas competencias, pudiendo dichos Servicios Públicos exigir su acreditación en cualquier momento, siendo su realización requisito imprescindible para el mantenimiento del disfrute de la ayuda económica.
- A aceptar una oferta de empleo adecuada (art. 301 TRLGSS), ya sea ofrecida por los Servicios Públicos de Empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración de aquéllos, salvo causa justificada.
- A aportar la información y documentación que se les requiera tanto durante la instrucción del procedimiento, como durante el desarrollo de la actividad, a fin de acreditar los requisitos exigidos para acceder a las subvenciones y mantener, en su caso, en derecho a su percepción.
- A comunicar al SEPE que han dejado de reunir los requisitos necesarios para acceder al programa, así como cualquier modificación que pudiera afectar a la cuantía de la misma.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones y requisitos establecidos en este programa dará lugar a la pérdida de la condición de persona beneficiaria de estas ayudas, con exclusión definitiva del mismo, desde la fecha del incumplimiento. Con carácter previo a dictar la oportuna resolución, se dará un plazo de diez días al interesado para que formule las alegaciones que considere oportunas (art. único.9 RDL 23/2012). Además de la pérdida de la condición de persona beneficiaria se podrá iniciar el procedimiento de reintegro de la ayuda económica (arts. 36 y 37 Ley 38/2003).

## 6. GESTIÓN Y FINANCIACIÓN DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

La gestión de las medidas de política activa de empleo, así como la programación de las mismas compete a los SPE (art. 2.6 RDL 1/2011 y art. único.10 RDL 23/2012). No obstante el SEPE será el encargado de la concesión y pago de las ayudas económicas de acompañamiento (art. 2.7 RDL 1/2011 y art. único.11 RDL 23/2012) de manera directa a las personas beneficiarias, por el procedimiento de nóminas mensuales, prorrateándose los períodos inferiores al mes, atendiendo a la fecha de inclusión efectiva en este programa. Se descontarán proporcionalmente las cantidades que correspondan por la falta de participación efectiva en las acciones y medidas incluidas en el itinerario individualizado de inserción (art. 2.8 RDL 1/2011 y art. único.12 RDL 23/2012).

La financiación de estas ayudas se realizará con cargo a los créditos establecidos al efecto en el presupuesto de gastos del SEPE. Estas ayudas podrán ser objeto de justificación para su cofinanciación por el Fondo Social Europeo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa nacional y comunitaria (art. 2.8 RDL 1/2011 y art. único.12, *in fine*, RDL 23/2012).

A fin de garantizar el correcto funcionamiento de este programa se establece una habilitación al SEPE para que desarrolle el procedimiento de concesión y pago de las ayudas, así como para que establezca los mecanismos necesarios de coordinación e intercambio de información con los SPE de las CCAA (art. único.13 RDL 23/2012).



## BIBLIOGRAFÍA

### I y II. PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE INVALIDEZ Y DE JUBILACIÓN

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?», *AS*, n.º 15/2007.
- BARRIOS BAUDOR, G. L., y CHARRO BAENA, P.: «El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 5/2003.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Prestaciones por incapacidad: incapacidad temporal, incapacidad permanente, invalidez del SOVI e invalidez no contributiva*, Valencia, 2010.
- *Protocolos sobre jubilación*, Valencia, 2009.
- FARGAS FERNÁNDEZ, J.: *Análisis crítico del Sistema Español de pensiones no Contributivas*, Pamplona, 2002.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La esperada solución sobre el cálculo de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social por Ley 39/2006, de 14 de diciembre», *AS*, n.º 1/2007.
- *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Madrid, 2002.
- «La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 64/2006.
- GALA VALLEJO, C.: *La jubilación. Su protección en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «Revisión de oficio de prestación no contributiva de invalidez a cargo de la entidad gestora y solicitud de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas en supuestos de facilitación de datos erróneos por parte del beneficiario», *RL*, n.º 10/2002.
- MC-MUTUAL: «Servicio de Comunicación. Seguridad Social: pensión de jubilación e invalidez (no contributiva)», *Consell Obert*, n.º 237/2009.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Del “mal” e “inútil” uso del “poder legislativo” en materia de seguridad social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos», *AS*, n.º 12/2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998 (RJ 1998, 2689), en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas a una ciudadana marroquí: Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 9/1998.
- Morgado Panadero, P.: «Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ante la Jurisprudencia», *TRS*, n.º 164/2004.
- Ron Latas, R. P.: «Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la Jurisprudencia laboral», *AS*, vol. V, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS DAUDOR, G. L. *Las pensiones no contributivas*. Pamplona, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Pensiones no contributivas y rendimiento por venta de acciones», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 3/2005.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y otros: «Comentario al artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social. Beneficiarios de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva», en *Códigos con Jurisprudencia*, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J.: «Cómputo de los ingresos percibidos por parientes afines a efectos de prestaciones no contributivas», *AS*, tomo I, 1996.

### III. PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS

- BARRIOS BAUDOR, G. L., y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: *Prestaciones familiares*, Pamplona, 2009.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Notas del TJCEE sobre situaciones transitorias de discriminación por razón de sexo en las prestaciones por familiares a cargo», *REDT*, n.º 90/1998.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social por el Real Decreto 1.335/2005, de 11 de noviembre», *IL*, n.º 4/2006.
- GINER BURGOS, M. A.: «Aplicación retroactiva al hecho causante de la prestación económica por nacimiento de hijo o adopción en familia monoparental», *AS*, n.º 9/2010.
- JURADO SEGOVIA, A.: «El nuevo Reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social (RD 1.335/2005, de 11 de noviembre, *BOE 22-11-2005*)», *REDT*, n.º 130/2006.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social», *AL*, n.º 12/2004.
- MORGADO PANADERO, P.: «Las prestaciones familiares como reflejo del artículo 41 CE: un sistema multiforme de protección», *AS*, n.º 10/2010.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1.335/2005, de 11 de noviembre)», *TRS*, n.ºs 181, 182 y 183/2006.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Murcia, 2005.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Compatibilidad de prestación familiar por hijo a cargo y subsidio por desempleo», *AS*, vol. III, 1997.
- «La madrastra como sujeto excluido de la unidad familiar a efectos de prestaciones no contributivas», *AS*, vol. III, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J.: «Delimitación del concepto de “hijo a cargo” a efectos del reconocimiento y cuantía de las correspondientes prestaciones familiares», *AS*, tomo III, 1996.

### IV. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE NIVEL ASISTENCIAL

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Las contradicciones en la determinación de la situación de necesidad a efectos del subsidio por desempleo», *AS*, n.º 14/2009.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «El tratamiento legal del subsidio de desempleo para los liberados de prisión», *AS*, n.º 1/2006.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Protección de las personas en situación de desempleo*, Valencia, 2011.
- *Protocolos sobre desempleo*, Valencia, 2010.
- BURGOS GINER, M. A.: «La exclusión del trabajador fijo-discontinuo de la prestación no contributiva de desempleo por razón de la edad», *AS*, n.º 7/2004.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «El extranjero en situación irregular y su derecho al subsidio por desempleo por cargas familiares», *AS*, n.º 12/2008.
- CASA QUESADA DE LA, S.: *Protección por desempleo en España: configuración y régimen jurídico*, Granada, 2008.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, Oviedo, 2005.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Incompatibilidad de la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral con el subsidio por desempleo», *IL*, n.º 8/2007.
- GARCÍA PIÑEIRO, N. P.: «El subsidio por desempleo: conceptos computables para determinar las rentas del beneficiario», *AS*, n.º 16/2011.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «El requisito de insuficiencia de rentas en el subsidio por desempleo», *AS*, n.º 10/2002.

- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Denegación de subsidio asistencial por desempleo debido a exceso en las indemnizaciones legales por despido colectivo: la regla del artículo 215.3 LGSS y la excepción de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002», *AS*, n.º 18/2007.
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Subsidio de desempleo de nivel asistencial*, Pamplona, 2008.
- MORRO LÓPEZ, J. J.: «Subsidio por desempleo, mayores de 52 años. Cómputo, o no, de la transmisión/enajenación/amortización de Letras del Tesoro», *AS*, n.º 3/2004.
- OLARTE ENCABO, S.: «Carencia de rentas y subsidio por desempleo. Indemnizaciones reconocidas en ERES que traigan causa de planes en sectores de reestructuración en el ámbito de la UE anteriores al 26 de mayo de 2002», *AS*, n.º 20/2008.
- PERÁN QUESADA, S.: «El reintegro de las prestaciones asistenciales por desempleo causadas por el abuso o fraude en la reiterada contratación temporal en la Ley 45/2002 (RCL 2002, 2901)», *AS*, n.º 14/2005.
- POQUET CATALÀ, R.: *Protección por desempleo: el sistema tras las últimas reformas*, Valencia, 2008.
- QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Sevilla, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Prestaciones de desempleo tras trabajo familiar», *RAD*, n.º 1/2009.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, 2004.

## CAPÍTULO 16.

# REGÍMENES ESPECIALES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: TRABAJADORES Y ESTUDIANTES

El sistema normativo de la Seguridad Social se estructura en un Régimen General y diversos RREE. Esta división obedece a razones históricas, ya que en un principio mediante la técnica de los seguros privados solamente se incluían en su ámbito de aplicación los trabajadores asalariados de la industria y los servicios. Más tarde con la llegada de la Seguridad Social, en la década de los sesenta del pasado siglo, se produjo un fenómeno expansivo desde el punto de vista del ámbito subjetivo que dio lugar a la progresiva entrada en el sistema de nuevas categorías de trabajadores. Los RREE responden a este fenómeno de inclusión en el Sistema de Seguridad Social de sectores productivos hasta entonces excluidos.

En la actualidad, la clásica división del sistema en Régimen General y RREE está en franca decadencia. Los denominados Pactos de Toledo han marcado la tendencia hacia dos regímenes: el de los asalariados y el de los autónomos, aunque razones de tipo financiero impiden de momento su implantación. No obstante, los RREE se han venido justificando en atención a sus peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas, aunque sería más lógico que el tratamiento normativo desigual que implica los RREE obedeciera a razones objetivas, razonables y congruentes.

En este capítulo se estudiará los distintos RREE de asalariados y autónomos que aparecen enumerados en el artículo 10.2 TRLGSS, al igual que el Régimen Especial de Estudiantes y se dejará para el capítulo siguiente el estudio de los RREE de funcionarios públicos. Este artículo 10.2 TRLGSS ha sufrido sendas modificaciones durante el año 2011: la primera de ellas fue debida a la LAAMSS que excluyó de los RREE al REEH consecuencia de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 1 de enero de 2012 (Disp. Adic. 40.<sup>a</sup> LAAMSS) y la segunda por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, que también excluyó al REA de los RREE debido a su integración en el Régimen General, con efectos de 1 de enero de 2012 (Disp. Final 1.<sup>a</sup> Ley 28/2011).

Los RREE de trabajadores que perviven son los del Mar, Minería del Carbón, Socios Trabajadores de Cooperativas de producción y Autónomos. De cada uno de ellos se estudiarán sus características identificadoras relativas al ámbito subjetivo de aplicación, sus peculiaridades en cuanto a los actos instrumentales de encuadramiento, las particularidades en cuanto a cotización y recaudación y por último, la acción protectora, integrada por el conjunto de prestaciones a que tienen derecho sus beneficiarios.

Además de los RREE de trabajadores, en este capítulo se analizará el Régimen Especial de Estudiantes, cuya peculiaridad radica en que la acción protectora va encaminada al desarrollo de unos determinados tipos de estudios y a la continuidad de los mismos. Este régimen especial está totalmente trasnochado, especialmente en cuanto a la normativa que lo regula, con casi sesenta años a sus espaldas, por lo que sería necesaria su adaptación a la nueva realidad social. No obstante, siguiendo la misma metodología apuntada se estudiarán los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, las peculiaridades de los actos de encuadramiento y cotización y por último, la acción protectora.

## I. CARACTERIZACIÓN

Los RREE de trabajadores y de estudiantes tienen unos rasgos comunes perfectamente delimitados que les diferencian del Régimen General y les confieren unas características propias. Estas características son las siguientes.

### I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN PROPIO

El RETM y el REMC se identifican con determinados sectores específicos de la actividad económica productiva, como son las actividades marítimo pesqueras y las actividades mineras respectivamente, caracterizadas por unas condiciones de trabajo muy particulares y por su peligrosidad. Por su parte, en el Régimen Especial de los socios Trabajadores de las Cooperativas de producción y en el RETA no existe una vinculación específica a una actividad económica o profesional concreta, sino que la singularidad radica en la forma de realizar dicha actividad, mientras que el Régimen Especial de Estudiantes tiene la particularidad de que la inclusión en el mismo no viene determinada por la realización de actividades productivas y profesionales sino por cursar determinados tipos de estudios.

A su vez, el RETM es un régimen mixto que incluye a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, cosa que no ocurre en el REMC que es exclusivo de trabajadores por cuenta ajena, mientras que en el Régimen Especial de Socios Trabajadores de Cooperativas de producción se puede optar, en los Estatutos de la Cooperativa, por la asimilación a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General o en un régimen especial según la actividad de la Cooperativa o en el RETA. Este último, por su parte, incluye en su ámbito subjetivo a colectivos muy heterogéneos, pretendiendo convertirse en referente normativo (art. 23 LETA) de todos los regímenes especiales que tienen trabajadores por cuenta propia en su ámbito subjetivo. Por último, el Régimen Especial de Estudiantes incluye a los estudiantes menores de 28 años que realicen los estudios determinados por la normativa, al principio eran exclusivamente los no obligatorios pero paulatinamente se ha ido extendiendo a casi todo tipo de estudios.

### 2. PECULIARIDADES EN LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Cada uno de los RREE tiene una serie de peculiaridades en cuanto a los actos de encuadramiento que se apartan de lo establecido en el Régimen General:

- En el RETM cada embarcación, plataforma fija, artefacto e instalación marina debe inscribirse en el Registro de Embarcaciones que a tal efecto se llevará por la entidad gestora.
- En el REMC, los partes de alta, baja y variaciones se comunican mensualmente a TGSS aunque no haya habido movimientos en ese mes.
- En el Régimen Especial de Socios Trabajadores de Cooperativas de producción, el sujeto obligado para la realización de los actos instrumentales es la Cooperativa cuando se hubiera optado en los estatutos por la asimilación a trabajadores por cuenta ajena, mientras que corresponderá al propio socio cuando se hubiese optado por el RETA, aunque en este último caso la Cooperativa responde subsidiariamente del incumplimiento de las obligaciones.
- En el RETA corresponde al propio trabajador autónomo las obligaciones de afiliación y las comunicaciones de alta, antes del inicio de la prestación, y de la baja dentro del plazo de los seis días naturales.
- En el RREE, la matrícula del estudiante provoca su afiliación inmediata, debiendo comunicar el centro académico a la TGSS las afiliaciones dentro de los treinta días siguientes al del cierre del plazo de matrícula.



### 3. PARTICULARIDADES EN CUANTO A LA COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

En estas materias también existen unas particularidades de cada Régimen Especial que las diferencia del Régimen General y entre ellos mismos:

- En el RETM existe una peculiaridad derivada del sistema retributivo a la parte y que consiste en que la cotización por AT y EP que corre a cargo del empresario se puede deducir del monte mayor o montón, mientras que respecto a la cotización por contingencias comunes, los empresarios descontarán a los trabajadores la parte de cuota que corresponde a los mismos en el momento del reparto del monte menor. Otra peculiaridad importante, a efectos de cotización al RETM, es que los trabajadores se clasifican en tres grupos: en función de que sean retribuidos por salario, a la parte y en función del tonelaje de la embarcación. La base de cotización de los trabajadores de retribuidos por salario o a la parte en embarcaciones de más de 150 Tm de registro bruto se determinará en función de las remuneraciones efectivamente percibidas con sujeción a los límites absolutos, mínimo y máximo aplicables a cada grupo profesional, mientras que las bases de cotización para todas las contingencias de los otros dos grupos vendrá determinadas anualmente por OM del MEYSS a las que se aplicarán unos coeficientes reductores. Por último, la recaudación de las cuotas se llevará a cabo por el ISM.
- En el REMC para contingencias comunes se cotiza por bases normalizadas que se fijan anualmente a partir de las retribuciones percibidas por todos los trabajadores de una misma categoría o especialidad en cada una de las zonas mineras, mientras que para contingencias profesionales se cotiza por salarios reales, aplicándose las normas del Régimen General. Otra peculiaridad de este régimen especial es que para las horas extraordinarias no existe cotización adicional, pero sí se integran en las bases normalizadas y en la base de contingencias profesionales.
- En el Régimen Especial de Socios Trabajadores de Cooperativas de producción, cuando se haya optado en los Estatutos por el RETA, tendrán derecho a una serie de reducciones sobre la cuota por contingencias comunes, mientras que si se hubiese optado por el Régimen General o por el RETM o el REMC en razón de la actividad de la Cooperativa, en los supuestos de prestación de servicios a tiempo parcial, las bases de cotización no podrán ser inferior a la cuantía que para los distintos grupos de cotización establecen las OM de cotización de cada año.
- En el RETA son los propios trabajadores incluidos en su campo de aplicación los obligados a cotizar, teniendo una responsabilidad directa respecto de sí mismos y subsidiaria respecto a sus familiares. También existe responsabilidad subsidiaria de las compañías regulares colectivas y las comanditarias respecto a sus socios y responsabilidad solidaria de las Cooperativas de trabajo asociado respecto a sus socios cuando en los estatutos se haya hecho la opción por su incorporación al RETA. Por su parte, la base de cotización está predeterminada legalmente por tramos, entre una base mínima y una base máxima, establecidas para cada ejercicio económico por la LGPE y a partir de 1-1-2008 todos los trabajadores autónomos cotizan por IT derivada de contingencias comunes, salvo los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta propia, para los que seguirá siendo voluntaria la cobertura de IT tanto por contingencias comunes como profesionales. Respecto a la cotización por contingencias profesionales será voluntaria para todos los autónomos, excepto para los TRADE que obligatoriamente cotizarán tanto por contingencia común como profesional.
- En el REE la obligación de cotizar se atribuye al 50 por 100 tanto a los estudiantes como a las Administraciones (estatal o autonómicas) de la que dependen los centros educativos. Esta obligación es única y por curso académico, la aportación del estudiante se hace juntamente con el pago de la matrícula y posteriormente el centro docente la ingresa en TGSS en el plazo de un mes a contar desde la finalización del plazo de matrícula.

#### 4. ACCIÓN PROTECTORA ESPECÍFICA

Existe una tendencia general a la equiparación de los RREE con las prestaciones del Régimen General tanto en lo que se refiere a los conceptos de contingencias protegidas como en la extensión, forma y condiciones del percibo de las mismas, pero no obstante, persisten las peculiaridades, entre las más importantes, los coeficientes reductores de la edad de jubilación en el RETM y REMC, la específica regulación de la IP en el REMC, del desempleo en el Régimen Especial de los Socios Trabajadores de las Cooperativas de producción y la protección de cese por actividad del RETA.

No obstante, la LAAMSS profundizó en esa tendencia hacia la equiparación con el Régimen General ampliando la cobertura de AT y EP a todos los regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social, si bien, con respecto a los trabajadores que causaran alta en cualquiera de tales regímenes a partir de 1 de enero de 2013 (antigua Disp. Adic. 58.<sup>a</sup> LGSS introducida por el art. 7 LAAMSS), aunque la LPGE de 2013 ha aplazado por un año la entrada en vigor de esta ampliación de la cobertura de AT y EP (Disp. Trans. 7.<sup>a</sup> LPGE 2013) y la LPGE 2014 ha vuelto a aplazar su entrada en vigor pero esta vez sine die (Disp. Adic. 85.<sup>a</sup> LPGE 2014).

Asimismo la LAAMSS ha establecido que a partir de 1 de enero de 2013 serán de aplicación a todos los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social las normas sobre grado de incapacidad (art. 194.2 y 3 TRLGSS); beneficiarios de la incapacidad permanente contributiva (art. 198 TRLGSS); base reguladora de pensiones de IP derivada de contingencias comunes (art. 197.1.2 y TRLGSS); calificación y revisión de la IP (art. 200 TRLGSS); beneficiarios de la jubilación contributiva (art. 205.1.2 y 3 TRLGSS); jubilación anticipada (art. 206, 207 y 208 TRLGSS); base reguladora de la pensión de jubilación (art. 209 TRLGSS); cuantía de la pensión de jubilación (art. 210 TRLGSS); incompatibilidades pensión de jubilación (art. 213 TRLGSS); pensión de viudedad (art. 222 TRLGSS), pensión de orfandad (art. 224 TRLGSS); prestaciones a favor de familiares (art. 226.4 TRLGSS); indemnización especial a tanto alzado (art. 227.1 segundo párrafo TRLGSS); compatibilidad y límite de las prestaciones de muerte y supervivencia (art. 223 y 225 TRLGSS); prestaciones familiares (Capítulo XV, título II) y cuantías mínimas de pensiones por viudedad (229 TRLGSS). Se exceptúa de aplicación a los regímenes especiales la IP parcial (art. 195.2, último párrafo TRLGSS). Esta aplicación de las normas del Régimen General, para los trabajadores que se han incorporado a partir de 1 de enero de 2013, se produjo como consecuencia de la modificación introducida en la antigua Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> LGSS por la Disposición Final 8.<sup>a</sup> LAAMSS.

Por último, apuntar que el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, en los RREE será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o cuenta propia del pensionista cuando se cumplan determinados requisitos (art. 214 y Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> TRLGSS):

- Que el acceso a la pensión se haya producido al cumplir la edad legal de jubilación, por lo que no pueden acogerse al régimen de compatibilidad los jubilados anticipadamente ni las jubilaciones bonificadas.
- Que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora sea del 100 por 100.
- Que el trabajo compatible se realice bien a tiempo completo o a tiempo parcial.

Además de estos requisitos que deben cumplir los pensionistas, las empresas en las que presten servicios deberán mantener el empleo durante el período de la percepción de jubilación que sea compatible con el trabajo, tomándose, a tal efecto, como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el período de los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio, sin que computen las extinciones producidas por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contra-

to. Asimismo se exige a las empresas el no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> RDL-CONVILA).

La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, excluido en todo caso el complemento por mínimos (art. 3.1 RDL-CONVILA). El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (art. 3.3 RDL-CONVILA) y una vez finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación (art. 3.4 RDL-CONVILA). Además, durante la realización del trabajo por cuenta ajena o propia, compatible con la pensión de jubilación, los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad Social únicamente por IT y por contingencias profesionales, quedando sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, no computable para las prestaciones, que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena será de un 6 por 100 a cargo del empresario y un 2 por 100 a cargo del trabajador (art. 4 RDL-CONVILA).

## II. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES DEL MAR

Este Régimen Especial está siguiendo actualmente la tendencia general de acercamiento al RG, especialmente en lo que respecta a los actos de encuadramiento, cotización y acción protectora. No obstante, continúan existiendo diferencias que se estudiarán a lo largo de este epígrafe, que en muchos casos no están debidamente justificadas y que vienen de antaño, como las duras condiciones y peligro de la actividad, la dispersión de las empresas y trabajadores a lo largo del litoral, la falta de organización empresarial adecuada y el carácter intermitente del trabajo. Sería muy conveniente su integración en el RG, sin perjuicio de mantener las singularidades propias de la actividad con el objeto de garantizar la eficacia del sistema y su racionalidad global como recoge la Recomendación 6.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo. Pese a ello, se ha aprobado un nuevo RETM (Titulo I LEPOSMAR) derogando la obsoleta regulación de la década de los 70 del pasado siglo.

### I. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

El RETM es un régimen mixto que comprende tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia que se dediquen a la realización de las actividades marítimo pesqueras que más abajo se enumeran.

#### A) Trabajadores por cuenta ajena

Están encuadradas en el RETM como trabajadores por cuenta ajena (art. 3 LEPOSMAR):

- ✦ Los que ejerzan su actividad marítimo-pesquera a bordo de las embarcaciones, buques de marina mercante, pesca marítima, tráfico interior de puertos, recreativas y deportivas o plataformas fijas o artefactos o instalaciones susceptibles de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, siempre que figuren en el Rol de los mismos como técnicos o tripulantes.
- ✦ Los que ejerzan su actividad a bordo de embarcaciones o buques de marina mercante o pesca marítima, enroladas como personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad.
- ✦ Los que se dediquen a la extracción de productos del mar.
- ✦ Los que se dediquen a la acuicultura desarrollada en la zona marítima y marítimo-terrestre, incluyendo la acuicultura en arena y en lámina de agua, tales como bancos cultivados, parques de cultivos, bateas y jaulas.

- ✦ Buceadores extractores de recursos marinos.
- ✦ Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación.
- ✦ Rederos y rederas.
- ✦ Estibadores portuarios.
- ✦ Prácticos de puerto.
- ✦ Los que desarrollen actividades de carácter administrativo, técnico y subalterno en empresas marítimo-pesqueras y de estiba portuaria, así como en las entidades de puesta a disposición de personas trabajadoras a empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, siempre y cuando desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario, independientemente del carácter estatal o autonómico del puerto.
- ✦ Cualquier otro colectivo de personas trabajadoras que desarrolle una actividad marítimo-pesquera y cuya inclusión en este Régimen sea determinada por el MEYSS.

Se asimilarán a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del FOGASA, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de personas trabajadoras por cuenta de la misma (art. 5.1 LEPOSMAR).

Asimismo, se asimilarán a trabajadores por cuenta ajena los prácticos de puerto que, para la realización de su actividad de practica, se constituyan en empresas titulares de licencia del servicio portuario de practica en un puerto, con excepción del derecho a las prestaciones por desempleo y FOGASA, de las que quedan excluidos. Dichas entidades tendrán la consideración de empresarios a efectos de este Régimen Especial respecto de los prácticos de puerto en ellas incluidos y del resto del personal a su servicio (art. 5.2 LEPOSMAR).

### *B) Trabajadores por cuenta propia*

Están encuadrados en el RETM, como trabajadores por cuenta propia o autónomos, quienes realicen de forma habitual, personal y directa, fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona y a título lucrativo alguna de las siguientes actividades (art. 4.1 LEPOSMAR):

- ✦ Actividades marítimo-pesqueras a bordo de las embarcaciones o buques de marina mercante, pesca marítima, tráfico interior de puertos, deportivas y de recreo, siempre que figuren en el rol como técnicos o tripulantes.
- ✦ Acuicultura desarrollada en zona marítima o marítimo-terrestre.
- ✦ Los mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos.
- ✦ Buceadores extractores de recursos marinos.
- ✦ Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación.
- ✦ Rederos y rederas.
- ✦ Prácticos de puerto
- ✦ Colectivos de neskatillas y empacadoras de la provincia de Vizcaya (Disp. Adic. 4ª LEPOSMAR añadida por la Disp. Final 4ª LPGE 2016)

Por último, también, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta propia el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de los trabajadores por cuenta propia, cuando trabajen de forma habitual, convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente de él, salvo que se demuestre su condición de asalariado (art. 4.2 LEPOSMAR).

## 2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

La inscripción de empresas y afiliación de trabajadores se regirá por lo dispuesto en el TRLGSS y en su normativa de desarrollo, con la particularidad de que las embarcaciones, plataformas fijas, artefactos e instalaciones marinas en las que los trabajadores desarrollen sus actividades marítimo-pesqueras deberán inscribirse en el Registro de Embarcaciones que a tal efecto se llevará por la entidad gestora y que las altas solicitadas fuera de plazo por los trabajadores por cuenta propia no tendrán efectos retroactivos (art. 7 LEPOSMAR).

Los actos de encuadramiento en el RETM se encuentran actualmente regulados en el artículo 48 RIAAB, según redacción dada a los párrafos 1º y 2º por el art. 1. Once RD 708/2015, teniendo las siguientes peculiaridades:

- ✦ Cada embarcación es considerada un centro de trabajo al que se asigna un código de cuenta de cotización.
- ✦ Este código de cuenta de cotización será anotado en el rol de la embarcación y constituirá un requisito necesario para que la autoridad marítima competente autorice su despacho para salir a la mar.
- ✦ La afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores se rigen por los plazos generales del RIAAB, excepto para el personal que navegue o faene en zonas alejadas del lugar donde estuviese inscrita la empresa, en cuyo caso el plazo será de seis días naturales, a contar desde la llegada del buque al puerto de la provincia de inscripción sin que entre la fecha de incorporación del trabajador y la solicitud de afiliación y alta pueda mediar un plazo superior a diez días.
- ✦ Los documentos de afiliación, altas y bajas de los trabajadores deberán presentarse ante las Direcciones Provinciales de la TGSS o las Administraciones de las mismas, y como colaboradoras de éstas, las Direcciones Provinciales del ISM.
- ✦ Los trabajadores por cuenta propia y los armadores están obligados a concertar con el ISM o con una MCSS la protección de las contingencias de AT y EP de sí mismos y de los trabajadores por cuenta ajena. En todo caso, los trabajadores por cuenta propia deberán formalizar la protección de las contingencias comunes con la Entidad Gestora de la Seguridad Social (art. 72.1 LGSS, según redacción dada por la Ley 35/2014). Asimismo, los trabajadores por cuenta propia formalizarán la protección por cese de actividad con la Entidad Gestora o con la Mutua con la que tengan protegidas las contingencias profesionales.

## 3. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

El nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar, las operaciones de liquidación de la misma, el período, la forma, el lugar y el plazo para su presentación, así como su comprobación y control, se regirán por lo dispuesto con carácter general en el TRLGSS y en su normativa de desarrollo (art. 8 LEPOSMAR).

Esta materia está regulada en el artículo 51 y siguientes del RGCL, siendo sujetos Los sujetos de la obligación de cotizar son: los trabajadores por cuenta ajena, los empresarios por cuya cuenta trabajen y los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Respecto a los trabajadores por cuenta ajena existe la peculiaridad de que cuando presten servicios en embarcaciones en las que el trabajo sea remunerado a la parte, la cotización por AT y EP que corre a cargo del empresario podrá deducirse del monte mayor o montón y respecto a la cotización por contingencias comunes, los empresarios descontarán a los trabajadores la parte de cuota que corresponde a los mismos en el momento del reparto del monte menor cuando estén retribuidos por el sistema a la parte. Si no lo realizaran así no podrán efectuarlo con posterioridad, quedando obligados a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo (art. 51.2 RGCL).



Otra peculiaridad importante, a efectos de cotización al RETM, es que los trabajadores se clasifican en tres grupos (art. 10 LEPOSMAR):

- ✦ En el primer grupo se incluyen los trabajadores por cuenta ajena o asimilados retribuidos a salario que realicen alguna de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de este Régimen Especial, los trabajadores por cuenta propia que no estén incluido en otro grupo y los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y los trabajadores por cuenta propia, retribuidos a la parte que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de más de 150 Tm de registro bruto.
- ✦ En el segundo grupo se incluyen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia retribuidos a la parte, enrolados como técnicos o tripulantes, que presten servicios en embarcaciones pesqueras de más de 10,01 Tm de registro bruto hasta 150 Tm inclusive. Este segundo grupo se subdivide, a su vez, en dos: el A) que incluye a los que prestan servicios en embarcaciones pesqueras entre 50,01 y 150 Tm de registro bruto, y el B) que incluye a los trabajadores que presten servicios en embarcaciones pesqueras de 10,01 a 50 Tm de registro bruto.
- ✦ En el tercer grupo quedan incluidos los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a la parte que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones que no excedan de 10 TRB, enrolados como técnicos o tripulantes y los trabajadores por cuenta propia que presten servicios como mariscadores, percebeiros, recogedores de algas, buceadores extractores de recursos marinos, rederos y armadores que ejerzan su actividad pesquera en embarcaciones de hasta 10 Tm de registro bruto y estén enrolados como técnicos o tripulantes y los colectivos de neskatillas y empacadoras de la provincia de Vizcaya.

Por lo que respecta a las bases de cotización para todas las contingencias existe la particularidad de que las bases de cotización de los grupos segundo y tercero vendrán determinadas anualmente por OM del MEYSS (Art. 52 RGCL y art. 9 LEPSMAR) a las que se aplicarán los coeficientes reductores establecidos o que pueda establecer el MEYSS (art. art. 11 LEPOSMAR).

La base de cotización de los trabajadores del primer grupo se determinará en función de las remuneraciones efectivamente percibidas con sujeción a los límites absolutos, mínimo y máximo aplicables a cada grupo profesional (art. 52, párrafo 1.º, RGCL).

El tipo de cotización por contingencias comunes de los trabajadores por cuenta propia variará en función de si el interesado está acogido o no al sistema de protección por cese de actividad (LPGE de cada año).

La LAAMSS (art. 2.Dos), con efectos de 1 de enero de 2013, dió una nueva redacción a la antigua Disposición Adicional 32.ª LGSS (actualmente art. 154 y Disp. Adic. 1ª TRLGSS) al exonerar del pago de las cuotas, salvo por IT y por contingencias profesionales, a los trabajadores por cuenta propia de este régimen que tengan 65 o más años. Asimismo, la LAAMSS (art. 2.Tres) introdujo una nueva Disposición Adicional en la antigua LGSS, la 55.ª (actualmente Disp. Trans. 12ª TRLGSS) por la que se considera como cotizado a efectos del cálculo de la pensión de jubilación los períodos de exoneración de cotizaciones de los trabajadores por cuenta propia mayores de 65 años anteriores a 1 de enero de 2013.

A los trabajadores por cuenta propia incorporados al RETM, se les aplicará sobre la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, unas reducciones y bonificaciones en idénticas condiciones que las establecidas para los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA, a cuyo estudio nos remitimos al epígrafe V, 3, C) de este mismo capítulo.

La gestión recaudatoria corresponde al ISM, el cual colaborará con la TGSS en el desempeño de dicha función (Disp. Adic. 2.ª RGCL y art. 12 LEPOSMAR).

#### 4. ACCIÓN PROTECTORA

En el RETM las contingencias protegidas se definen según lo establecido en el RG en relación con las personas trabajadoras por cuenta ajena y en el RETA en relación con las trabajadoras por cuenta propia (art. 13.2 LEPOSMAR), existiendo una equiparación casi total de la acción protectora con las prestaciones del RG, incluidas las prestaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves (Disp. Adic. 1ª. 2 TRLGSS), tanto para trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, existiendo las siguientes peculiaridades para cada una de las prestaciones.

La asistencia sanitaria del personal embarcado cuando el ISM no disponga de recursos sanitarios en el puerto extranjero en que sea atendido el enfermo o accidentado, será a cargo de la empresa por cuya cuenta trabaje y posteriormente, la entidad gestora reintegrará a las empresas inscritas en el RETM el importe de los gastos que ocasione dicha asistencia (art. 21.2.a) LEPOSMAR). Por su parte, para tener derecho los trabajadores por cuenta propia a la asistencia sanitaria se requiere estar al corriente en el pago de las cuotas.

Para los trabajadores por cuenta ajena de los grupos II y III no cabe el pago delegado por las empresas, dado que el abono de la prestación de incapacidad temporal se efectuará en la modalidad de pago directo por la entidad gestora o la MCSS, manteniéndose la obligación de cotizar en tanto no se extinga la relación laboral (art. 23.2 LEPOSMAR). Los trabajadores por cuenta propia, desde 1-1-2008, deben tener cubierta la IT por contingencias comunes sin que tengan la posibilidad de opción (Disp. Adic. 3ª LETA) y para el percibo del subsidio deberán estar al corriente de pago en el momento de la baja médica y deberán presentar ante la Entidad gestora una declaración sobre la persona que gestiona la actividad mientras persiste la situación de IT.

Para los trabajadores por cuenta propia no cabe el beneficio de la integración de las lagunas de cotización, a los efectos de las prestaciones de IP pero sí se prevé para dichos trabajadores el incremento del 20 por 100 por IP total cualificada.

Existe un sistema de coeficientes reductores de bonificaciones de la edad de jubilación que permite anticipar la jubilación sin pérdida de retribución (RD 1.311/2007, de 5 de octubre). El período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación no podrá ser superior a diez años y se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión, sin que en ningún caso dicho porcentaje pueda ser superior al que se habría aplicado de haber continuado trabajando hasta la edad ordinaria de jubilación que en cada caso hubiera correspondido al trabajador (art. 30.3 LEPOSMAR). Este sistema solamente es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y a los armadores asimilados, pero no a los trabajadores por cuenta propia, ni tampoco cuando se acceda a la pensión de jubilación desde la situación de no alta.

Los trabajadores por cuenta ajena de este régimen especial están equiparados totalmente, a efectos de prestación de desempleo, a los trabajadores por cuenta ajena del RG (art. 33 LEPOSMAR) al igual que los estibadores portuarios. Los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la protección por cese de actividad en las mismas condiciones, requisitos, modalidades y cuantías que los trabajadores comprendidos en el RETA (art. 34.1 LEPOSMAR), cuyo estudio se hará más adelante, con la salvedad de que los períodos de veda obligatoria no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación de cese de actividad, siempre que en estos períodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad (art. 34.4 LEPOSMAR) y que la base reguladora se calculará sobre la totalidad de la base de cotización, sin aplicar coeficientes correctores de cotización (art. 34.3 LEPOSMAR).

Existen unas prestaciones asistenciales (OM TIN 29-1-2008) concedidas en atención a las especiales circunstancias del trabajo en el mar y que son las siguientes: pérdida de equipaje individual a consecuencia de naufragio o accidente de mar, fallecimiento a bordo o desaparición y traslado de cadáveres. Son

beneficiarios los trabajadores del mar, sus familiares o quien mantenga análoga relación de afectividad y conviva con ellos y a su cargo. Así mismo, existen los servicios de hospedería prestados en las instalaciones de bienestar social en puerto (art. 35 LEPOSMAR).

### III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN

La existencia de este Régimen especial obedece a razones históricas y políticas más que a razones técnicas, organizativas o de producción como exige el artículo 10 TRLGSS, de esta manera se ha utilizado a la Seguridad Social como un instrumento de la política económica para contener la presión social de las cuencas mineras en lugar de atender a su propia finalidad de cobertura de estados de necesidad. Este régimen tiene además prestaciones superiores a las establecidas para el RG y presenta un desfase financiero creciente, dado que los pensionistas son superiores en número a los trabajadores cotizantes por lo que es deficitario, siendo necesaria su reforma para garantizar el principio de igualdad y solidaridad que debe imperar en la acción de la Seguridad Social en todos los sectores productivos, sin perjuicio de que se recogieran las singularidades propias de la actividad.

#### I. ÁMBITO SUBJETIVO

El artículo 2 DREMC cuando determina el ámbito de aplicación de este Régimen Especial hace una remisión a las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales relativas a la Minería del Carbón, las cual perdieron vigencia el 31-12-1995 (antigua Disp. Trans. 6.<sup>a</sup> LET). No obstante, continúa aplicándose este Régimen Especial a los trabajadores por cuenta ajena, incluidos los directivos, de las empresas dedicadas a la extracción de carbón en minas subterráneas, explotaciones a cielo abierto, investigación, reconocimiento y escogido de carbón en escombreras, aprovechamiento de carbones y aguas residuales carbonosas, fabricación de aglomerados de carbón mineral, hornos de producción de cok no siderometalúrgicos, transportes fluviales de carbón y las actividades complementarias.

Por otra parte, no estarán incluidos en el REMC los que ostenten pura y simplemente cargos de consejeros de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad (art. 2.2, *in fine*, DREMC).

#### 2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

En esta materia se siguen los mismos formalismos que en el RG, con las siguientes peculiaridades (arts. 3 y 4 RREMC): existen modelos especiales de partes de alta, baja y variaciones de datos; estos partes se deben comunicar mensualmente a la TGSS, aunque durante dicho período no haya habido movimientos; la TGSS, a su vez, debe comunicar a los trabajadores interesados las variaciones que se produzcan.

#### 3. COTIZACIÓN

La cotización en el REMC está regulada en los artículos 56 a 59 RGCL y tiene las siguientes peculiaridades con respecto al RG:

- Contingencias comunes: Se cotiza por bases normalizadas que se fijan anualmente a partir de las retribuciones percibidas por todos los trabajadores de una misma categoría o especialidad en cada una de las zonas mineras, aplicándose el límite de base máxima por grupo, salvo para contingencias de jubilación, IP, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral. En el caso de que la base normalizada sea superior a la máxima de la categoría profesional del trabajador se aplica un coeficiente reductor que se establece anualmente.
- AT y EP: Se cotiza por salarios reales y no por bases normalizadas, aplicándose las normas del RG.

- \* Horas extras: No existe cotización adicional, pero sí se integran en las bases normalizadas y en la base de contingencias profesionales.

#### 4. ACCIÓN PROTECTORA

Existe una tendencia a la equiparación con las prestaciones del RG tanto en los conceptos de contingencias protegidas como en la extensión, forma y condiciones del percibo de las mismas (art. 5 DREMC), incluidas las prestaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves (Disp. Adic. 1ª.1 TRLGSS), pero no obstante, existen peculiaridades tanto en las situaciones asimiladas al alta en el REMC, la suscripción de Convenio Especial y el desempleo involuntario (arts. 15 y 16 RREMC), como en las distintas prestaciones.

La base reguladora del subsidio de IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral, maternidad y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural será la base normalizada que corresponda en cada momento al trabajador según la categoría profesional que tuviera al iniciarse dicha situación (art. 12.2 RREMC). Otra peculiaridad es que a los silicóticos de primer grado que sean trasladados de puesto de trabajo como consecuencia de su estado de salud y que perciban un salario inferior, percibirán el subsidio de IT incrementado en un 75 por 100 de la diferencia entre el salario normalizado de la categoría profesional de procedencia y de la categoría de peón exterior (OM 30-4-1977).

La declaración inicial de la IP se realizará valorando de manera conjunta el estado del trabajador y cuando el trabajador esté afectado por reducciones anatómicas o funcionales determinadas por diversas contingencias se considerará, a todos los efectos, como contingencia determinante de la IP, la que haya motivado la última reducción anatómica o funcional. En el supuesto de que no pueda precisarse esta circunstancia se considera como contingencia determinante aquella que se estime como más importante a efectos de valoración (art. 17.2 RREMC). No obstante, si las reducciones anatómicas o funcionales que han dado lugar a la declaración de IP fueran debidas a AT, EP o accidente no laboral no se exigirá período previo de cotización como requisito para el percibo de la prestación (art. 17.3 RREMC). Las lagunas que puedan existir en las bases de cotización se integran en la base mínima de todas las existentes en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años (Disp. Adic. 1ª.1, segundo párrafo TRLGSS). Tampoco se exigirá período de cotización ni situación de alta o asimilada a quienes tuvieran la condición de pensionista de IP total para la profesión habitual y que, por la concurrencia de una nueva contingencia, se les modificara el grado de incapacidad reconocido. En este supuesto, para determinar la base reguladora podrán optar: entre la misma que sirvió para el cálculo de la pensión anterior percibida con las revalorizaciones periódicas pertinentes desde la declaración inicial o la suma de las bases de cotización que correspondan a los trabajos realizados y las cantidades de pensión de IP total que hubiese percibido en dicho período, con aplicación del tope máximo de cotización que proceda (art. 18 RREMC).

Por otra parte, a los perceptores de prestaciones de IP total para la profesión habitual se les aplica bonificaciones de edad, es decir, se tiene en cuenta su edad incrementada con las bonificaciones para el caso de jubilación que a continuación veremos, tanto a efectos de la sustitución excepcional de su pensión vitalicia por una indemnización a tanto alzado como del posible incremento de dicha pensión (20 por 100) por presumirse la dificultad para obtener empleo (art. 19 RREMC). La pensión de IP absoluta y de gran invalidez, cuando el beneficiario cumpla los 65 años o la edad que resulte aplicable de la bonificación prevista para la jubilación, tendrán una cuantía equivalente a la que les hubiese correspondido de jubilación, siempre que dicha pensión resulte superior a la que con anterioridad tuviera la pensión de incapacidad permanente (art. 20 RREMC). Su base reguladora se calculará teniendo en cuenta las bases normalizadas de cotización correspondientes a la categoría profesional que tuviese el interesado durante los 96 meses anteriores al ejercicio del derecho. A dichas bases se aplicará un porcentaje en función del tiempo que el beneficiario haya sido pensionista de IP o gran invalidez (SSTS 21-6-1996 y 7-2-1997).

La edad legal para tener derecho a la pensión de jubilación se rebaja en un período equivalente al que resulte de aplicar al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías de la minería del carbón, el coeficiente que corresponda según una escala que va del 0,50 en las de picador, barrenista y ayudante al 0,05 para trabajos de exterior (art. 21.1 RREMC). Todo el período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación a que tenga derecho el trabajador (art. 21.4 RREMC). En los casos de pluriactividad (trabajadores que prestan servicios que da lugar a su inclusión en el REMC y simultáneamente en otros regímenes) el beneficio se contrae sólo a la reducción de edad, pero no se computa como cotizado (Circular del INSS 27-9-1985). Una peculiaridad importante del REMC es que los pensionistas de IP total se consideran en situación asimilada al alta al exclusivo efecto de poder causar la pensión de jubilación, siempre y cuando dicha pensión de IP total no hubiera sustituido, en virtud de opción, a la de jubilación que el interesado percibiera de este REMC (art. 22 RREMC).

La prestación de muerte y supervivencia tiene las siguientes peculiaridades: Si el fallecido es un pensionista de IP o gran invalidez cuya pensión ha pasado a tener la cuantía correspondiente a jubilación, las prestaciones de muerte y supervivencia se calcularán de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo de la nueva cuantía de la pensión con las revalorizaciones que procedan (art. 20 RREMC). Si el pensionista falleciera sin ejercitar la opción por la nueva cuantía, pudiendo hacerlo, podrán los beneficiarios de estas prestaciones solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía a efectos de las prestaciones de muerte y supervivencia (Disp. Trans. 3.<sup>a</sup> OM 8-4-1986), y por último, si el fallecido es pensionista de IP total jubilado (art. 22.6 RREMC) su muerte puede ser calificada como debida a AT o EP (art. 217.2 TRLGSS).

Respecto a la prestación de desempleo podemos destacar como peculiaridad más importante que la base reguladora es la base normalizada correspondiente y que las prestaciones contributivas tienen una duración máxima de 720 días con independencia de las cotizaciones previas acreditadas y de las prestaciones percibidas hasta ese momento de desempleo, siempre que se acuerde por la Comisión Delegada del Gobierno y que la situación de desempleo sea consecuencia de cese o reducción de actividad de la empresa.

#### IV. SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN

Se consideran socios trabajadores a las personas físicas que desembolsan una cantidad mínima obligatoria fijada en los Estatutos de la Cooperativa y que además realizan una prestación laboral para la cooperativa. Esta relación entre el socio trabajador y la cooperativa tiene carácter societario.

En orden a la Seguridad Social, los Estatutos de la Cooperativa han de optar para todos los socios de la cooperativa entre la asimilación a trabajadores por cuenta ajena ya sea en el RG o en el Régimen Especial que le corresponda según la actividad de la Cooperativa, o el RETA (art. 14.1 TRLGSS). Esta opción podrá ser objeto de modificación, siempre y cuando se modifiquen los Estatutos, afecte a todos los socios trabajadores y hayan transcurrido más de cinco años desde la opción anterior.

##### I. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Las obligaciones de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos corresponde a la Cooperativa cuando se hubiese optado por la asimilación a trabajadores por cuenta ajena y a los propios socios cuando se hubiese optado por el RETA, aunque en este supuesto responde la Cooperativa subsidiariamente. La documentación específica que obligatoriamente habrá de presentarse será el certificado de inscripción de la Cooperativa en el registro correspondiente, así como la copia de los Estatutos donde conste la opción por el Régimen Especial aplicable.



## 2. COTIZACIÓN

Los socios de aquellas Cooperativas que hayan optado por el RETA, tendrán derecho a una serie de reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal (arts. 31.3; 32.3 LETA), a cuyo estudio nos remitimos al epígrafe V, 3, C) de este mismo capítulo. Por otra parte, los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado dedicados a la venta ambulante, que perciban ingresos directamente de los compradores, quedarán incluidos, a efectos de la Seguridad Social en el RETA, pudiendo elegir como base mínima de cotización la establecida con carácter general o la base mínima de cotización vigente para el Régimen General. En los supuestos en que se acredite que la venta ambulante se lleva a cabo en mercados tradicionales o mercadillos, con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por la base establecida con carácter general o por una base equivalente al 55 por 100 de esta última. En cualquier caso, se deberá cotizar obligatoriamente por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplicando, sobre la base de cotización elegida, la tarifa de primas contenida en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2007, modificada por la Disposición Final 13.<sup>a</sup> de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2009, y en la redacción dada por la Disposición Final 8.<sup>a</sup> de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2010 (art. 132.Ocho LPGE).

Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales de los socios trabajadores de las Cooperativas de producción que hubiesen optado en sus Estatutos por asimilar a los socios trabajadores a trabajadores por cuenta ajena, incluidos por razón de la actividad de la Cooperativa en el RG, en el RETM o en el REMC, en los supuestos de prestación de servicios a tiempo parcial no podrán ser inferior a la cuantía que para los distintos grupos de cotización establecen las OM de cotización de cada año.

Asimismo, los socios trabajadores de las Cooperativas incluidas en regímenes de Seguridad Social que tienen prevista la cotización por desempleo, se les aplica tipos diferentes de cotización en función de si el vínculo societario es indefinido o de duración determinada, y en este último caso si es a tiempo completo o a tiempo parcial.

También están previstas una serie de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, durante tres años, a las Cooperativas que incorporen trabajadores desempleados como socios trabajadores (art. 9.1 Ley 5/2011, de Economía Social) y bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los socios trabajadores de las sociedades cooperativas en períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por maternidad que sean sustituidos mediante contratos de interinidad bonificados (art. 11 Ley 5/2011, de Economía Social). Cabe la posibilidad del percibo del pago único de la prestación por cese de actividad cuando se acredite ante el órgano gestor que se va a realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado (art. 12 Ley 5/2011, de Economía Social).

Por último, están exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por IT derivada de las mismas, los empresarios y trabajadores respecto de los socios trabajadores que reúnan los requisitos siguientes: tener cumplidos los 65 años y acreditar 35 años de cotización efectivos a la Seguridad Social. La LAAMSS (art. 2.Uno) modificó el artículo 112 bis LGSS, actualmente 152 TRLGSS, con efectos de 1 de enero de 2013, ampliando los períodos de cotización e incluso la edad. Así, están exentos de cotizar los socios trabajadores o de trabajo de las Cooperativas que tengan 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización y los que tengan 67 años de edad y 37 de cotización.

## 3. ACCIÓN PROTECTORA

Los socios trabajadores de las Cooperativas de producción tendrán derecho a las prestaciones que el régimen de Seguridad Social por el que hubiesen optado les otorguen. No obstante, por su peculiaridad vamos a hacer referencia a la prestación de desempleo para los afiliados al RG o al Régimen Especial que

prevea la cotización para dicha contingencia y a la aplicación de la jubilación parcial a los socios de las cooperativas asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

Los supuestos para el percibo de la prestación de desempleo son los siguientes:

- Cese durante el período de prueba. Para acceder a la prestación es preciso la presentación del acuerdo de no admisión por parte del Consejo Rector de la Cooperativa.
- Expulsión improcedente del socio trabajador. Igualmente se requiere la notificación del acuerdo de expulsión por parte del Consejo Rector de la Cooperativa, con la fecha de efectos, el acta de conciliación o la sentencia de la jurisdicción social declarando la improcedencia del despido.
- Cese definitivo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, acreditadas por la autoridad laboral, previo informe de la ITSS.
- Reducción temporal de la jornada de trabajo entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual por las citadas causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor (art. 47.2 TRLET).
- Desde 1-7-2006 tienen derecho a la prestación de desempleo los socios trabajadores temporales cuando se extinga su relación societaria temporal. En este caso es necesaria la certificación del Consejo Rector de la baja en la cooperativa por dicha causa y su fecha de efectos.

En el supuesto de que los socios de la cooperativa de trabajo asociado hubieran optado por su afiliación en el RETA tendrán derecho a la protección por cese de actividad en los mismos términos, condiciones, modalidades y cuantías que los trabajadores del RETA (art. 327.2 TRLGSS) cuyo estudio abordaremos más adelante. No obstante, la Disposición Adicional 51ª LAAMSS prevé que a partir de 1 de enero de 2013 dicha prestación no resultará obligatoria en el caso de socios de Cooperativas comprendidos en el RETA, siempre que estas Cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que establezca un nivel de cobertura al menos equivalente al regulado en el Título V TRLGSS.

Por último, apuntar que los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas que estén incluidos en el Sistema de Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, podrán acogerse a la jubilación parcial, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente (art. 215.5 TRLGSS).

## V. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

El RETA tiene su fundamento en la peculiaridad de que no existe empresario responsable de los actos de encuadramiento y de cotización, por lo que no le son aplicables las técnicas del Régimen General. El RETA, juntamente con el Régimen General, representan los cimientos estructurales del Sistema de la Seguridad Social, y deben servir de instrumento para la simplificación y racionalización del mismo. No obstante, el RETA adolece de una serie de problemas al incluir en su ámbito subjetivo a colectivos muy heterogéneos que impiden la homogeneización de su acción protectora, máxime cuando lo que se pretende es que se convierta en referente normativo (art. 23 LETA) de todos los regímenes especiales que tienen trabajadores por cuenta propia en su ámbito subjetivo. La LAAMSS (Disp. Adic. 9.ª) ya previó que a partir de 1 de enero de 2013, se adecuara el RETA con el fin de hacer converger la intensidad de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena, para lo cual las bases medias de cotización del RETA han tenido un crecimiento similar al de las medias del Régimen General.

## I. ÁMBITO SUBJETIVO

Tanto el DRETA como la LETA definen al trabajador por cuenta propia o autónomo como aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica o profesional a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas (arts. 2.1 DRETA y 1 LETA). La LAAMSS (Disp. Final 10.<sup>a</sup>) ha modificado el artículo 1.1 LETA, con efectos de 1 de enero de 2013, estableciendo que la actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. No obstante, la entrada en vigor de esta modificación se ha aplazado hasta el 1 de enero de 2017 (Disp. Final 14.<sup>a</sup> LPGE 2016).

La nota de la habitualidad se refiere a que el trabajo se realice de manera continua y no ocasional (STS 29-10-1997) y en los trabajos de temporada la habitualidad viene referida a la duración normal de ésta (art. 2.2 DRETA). La otra nota identificativa del trabajador autónomo es que el trabajo lo realice de una manera personal y directa, lo que implica su participación en la actividad productiva. No obstante, existe la presunción *iuris tantum* de concurrencia de la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos del RETA, cuando se ostente la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo (art. 22.3 DRETA).

### A) Sujetos incluidos

Estarán obligatoriamente incluidos en el RETA (art. 3 DRETA y art. 305.1 TRLGSS) las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Se consideran expresamente incluidos en el RETA (art. 305.2 TRLGSS):

- ✦ Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.
- ✦ Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. A tal efecto, se considera que existe control efectivo, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
  - Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
  - Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
  - Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.
- ✦ Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.
- ✦ Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.
- ✦ Los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.
- ✦ Los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

- ✦ Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia que requiera la incorporación a un colegio profesional, cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho régimen, salvo que opten o hubieren optado por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995.
- ✦ Los miembros del Cuerpo Único de Notarios.
- ✦ Los miembros del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los del Cuerpo de Aspirantes.
- ✦ Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por las actividades complementarias privadas que realicen y que determinen su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que opten o hubieren optado por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995.
- ✦ El cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo que realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena.
- ✦ Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores.
- ✦ Cualesquiera otras personas que, por razón de su actividad, sean objeto de inclusión mediante norma reglamentaria.

### *B) Sujetos excluidos*

Estarán excluidos del RETA los trabajadores por cuenta propia o autónomos cuando por razón de su actividad marítimo-pesquera deban quedar comprendidos en el RETM (art. 306.1 TRLGSS). Asimismo estarán excluidas del RETA: las relaciones de trabajo por cuenta ajena del artículo 1.1 TRLET, la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 TRLET (art. 2 LETA) y ni siquiera estarán comprendidos en el sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades de capital cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios (art. 306.2 TRLGSS).

## 2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Esta materia se encuentra regulada por el RIAAB que derogó expresamente el capítulo III del DRETA.

Los trabajadores por cuenta propia o asimilados cuya actividad económica dé lugar a su inclusión en el RETA estarán obligados a solicitar su afiliación en el RETA (art. 25.1 RIAAB). En caso de incumplimiento de la obligación de afiliación por parte del trabajador autónomo, ésta se podrá efectuar de oficio por las Direcciones provinciales de la TGSS o Administraciones de la misma, bien a instancia de la ITSS o como consecuencia de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (art. 26.1 RIAAB). La solicitud de afiliación se dirigirá a la Dirección provincial de la TGSS o Administración de la misma en la provincia en la que radique el establecimiento del trabajador autónomo o, en su defecto, en la que éste tenga su domicilio (art. 27.1 RIAAB) y con anterioridad a la iniciación de la actividad económica (art. 27.2 RIAAB).

Los trabajadores autónomos, cuya acción protectora incluya voluntaria u obligatoriamente la prestación económica por IT, podrán optar por adherirse a una MCSS para la gestión de la misma. No obstante, los trabajadores que se hayan incorporado al RETA a partir de 1-1-1998, deberán formalizar la misma con una MCSS, así como aquellos adheridos a una Mutua desde la indicada fecha que cambien de entidad (art. 83.1 TRLGSS). Asimismo, los trabajadores autónomos deberán formalizar la gestión por cese de actividad, con la Mutua a la que se encuentren adheridos.

Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, además de solicitar su afiliación, estarán asimismo obligados a comunicar directamente el inicio o cese de sus actividades, a efectos de las altas y bajas de los mismos en el RETA (art. 29.2 RIAAB) en los modelos oficiales de alta o de baja, o por los sistemas especialmente establecidos al efecto (art. 30.1 RIAAB) debiendo ir firmadas tanto el alta como la baja por el trabajador autónomo (art. 30.4 RIAAB). La solicitud de alta deberá presentarse por el trabajador autónomo con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios (art. 32.3.1 RIAAB) y la baja deberá presentarse dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo o de aquel en que la variación se produzca (art. 32.3.2 RIAAB).

### 3. COTIZACIÓN

Esta materia se encuentra regulada por el RGCL que derogó expresamente el Capítulo IV del DRETA y por el capítulo III del título I TRLGSS (art. 307.2 TRLGSS). La LAAMSS estableció numerosas peculiaridades al sistema de cotización de los trabajadores autónomos, entre otras, la previsión de que en el plazo de un año a partir de 1 de enero de 2013 el Gobierno remitiera al Congreso de Diputados un estudio sobre las cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos en relación a los ingresos del sistema percibidos por los mismos, acorde con la Recomendación número cuatro del Pacto de Toledo (Disp. Adic. 20.<sup>a</sup>).

#### A) Sujetos obligados

Son sujetos de la obligación de cotizar al RETA las personas que, en razón de su actividad, se encuentran obligatoriamente incluidas en su campo de aplicación. Estos sujetos obligados son responsables directos respecto de sí mismos y subsidiarios respecto a sus familiares. Existe, también, responsabilidad subsidiaria de las compañías regulares colectivas y las comanditarias respecto a sus socios, sin perjuicio, en ambos casos, del derecho del responsable subsidiario a repetir contra el principal obligado al pago. Y, por su parte, existe responsabilidad solidaria de las Cooperativas de trabajo asociado respecto a sus socios cuando en los estatutos se haya hecho la opción por su incorporación al RETA (art. 43.1 RGCL).

#### B) Bases y tipos de cotización

La base de cotización está predeterminada legalmente por tramos, entre una base mínima y una base máxima, establecidas para cada ejercicio económico por la LGPE (art. 43.2 RGCL), excepción hecha de los trabajadores autónomos que hayan tenido contratados a diez o más trabajadores de manera simultánea, en cuyo caso, la base mínima para el ejercicio económico siguiente será la correspondiente a los trabajadores del grupo 1º de cotización del Régimen General (art. 312.1 TRLGSS). Idéntica base mínima será de aplicación para los consejeros o administradores de sociedades capitalistas, incluidos en el RETA, que reúnan los requisitos del art. 305.2. b) TRLGSS y a los socios de las Sociedades Laborales, que reúnan los requisitos del artículo 305.2.e) TRLGSS (art. 312.2 TRLGSS). A partir de 1-1-2008 todos los trabajadores autónomos cotizan por IT derivada de contingencias comunes, salvo los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta propia, para los que seguirá siendo voluntaria la cobertura de IT tanto por contingencias comunes como profesionales (art. 26.3 y Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> LETA)



y para los autónomos que ya tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro régimen de Seguridad Social (Disp. Adic. 3.<sup>a</sup> LETA). La cotización por contingencias profesionales será voluntaria para todos los autónomos, excepto para los TRADE que obligatoriamente cotizarán tanto por contingencia común como profesional.

Existe la previsión legal de hacer converger la intensidad de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena, por lo que las bases medias de cotización del RETA experimentarán un crecimiento al menos similar al de las medias del Régimen General. En todo caso, la subida anual no superará el crecimiento de las medias del Régimen General en más de un punto porcentual. E igualmente se prevé la posibilidad de establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos que tienen especiales dificultades para aumentar su capacidad económica y de generación de rentas, o para aquellos sectores profesionales que de forma temporal puedan sufrir recortes importantes en sus ingresos habituales (Disp. Adic. 17.<sup>a</sup> TRLGSS).

Asimismo, la LAAMSS (Disp. Final 10.<sup>a</sup>) previó, con efectos de 1 de enero de 2013, un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos para determinadas actividades o colectivos y durante determinados períodos de su vida laboral. Sin embargo, esta previsión ha quedado aplazada hasta el 1 de enero de 2017 (Disp. Final 4.<sup>a</sup> LPGE 2016).

La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a fecha de 1 de enero de cada año, tengan una edad inferior a 47 años, será la elegida por ellos dentro de las bases máxima y mínima fijadas en la LPGE. Igual elección podrán efectuar aquellos trabajadores autónomos que en esa fecha tengan una edad de 47 años de edad y su base de cotización del mes de diciembre del año anterior haya sido igual o superior a la determinada cada año en la LPGE o los que causen alta en este Régimen Especial con posterioridad a la citada fecha. Por su parte, los trabajadores autónomos que a 1 de enero de cada año tengan 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a la base determinada cada año en la LPGE, no podrán elegir una base de cuantía superior a la determinada igualmente en la LPGE, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio del año en curso, lo que producirá efectos a partir de 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá esta limitación (LPGE de cada año). Para los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de cada año, tuvieran 48 o más años cumplidos, la base de cotización estará comprendida entre las cuantías que determina la LPGE cada año, salvo que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías también determinadas por la LPGE de cada año.

No obstante, los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social por espacio de cinco o más años, podrán cotizar entre unas bases determinadas en función de la última base acreditada (LPGE de cada año).

Por otra parte, a partir de 1 de enero de 2012, y con carácter indefinido, los trabajadores del RETA podrán elegir, con independencia de su edad, una base de cotización que pueda alcanzar hasta el 220 por 100 de la base mínima de cotización que cada año se determine para este régimen especial (art. 310 TRLGSS).

Excepcionalmente, los trabajadores dedicados a la venta ambulante o a domicilio podrán elegir una base mínima de cotización al RETA inferior a la fijada anualmente con carácter general para dicho régimen, en los términos y condiciones que determine la LPGE de cada ejercicio (Disp. Final 6.<sup>a</sup> TRLGSS). Dicha LPGE ha previsto la posibilidad de que puedan elegir como base mínima la establecida con carácter general o la base mínima de cotización vigente para el Régimen General. Por su parte, para los dedicados a la venta a domicilio sin tener establecimiento, puesto de venta ni mercadillo podrán elegir como base mínima, la establecida con carácter general o una base de cotización equivalente al 55% de esta última (LPGE cada año).

Están exentos del pago de cuotas del RETA los trabajadores por cuenta propia, salvo por IT y por contingencias profesionales, que tengan 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización (art. 311 TRLGSS).

En el caso de pluriactividad, la base de cotización para los trabajadores que causen alta por primera vez en el RETA podrá ser la comprendida entre el 50 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la LPGE durante los primeros dieciocho meses, y el 75 por ciento durante los siguientes dieciocho meses, hasta las bases máximas establecidas para el RETA (art. 313.1ª TRLGSS), mientras que para los trabajadores que realicen una actividad laboral por cuenta ajena a tiempo parcial a partir del 50 por ciento de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, se podrá elegir en el momento del alta, como base de cotización la comprendida entre el 75 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la LPGE durante los primeros dieciocho meses, y el 85 por ciento durante los siguientes dieciocho meses, hasta las bases máximas establecidas para el RETA (art. 313.2ª TRLGSS).

Durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la base de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, al régimen correspondiente, será la base reguladora de dicha prestación (art. 344.2 TRLGSS). No obstante, aquellos colectivos que durante la actividad coticen por una base inferior a la base mínima ordinaria de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cotizarán por una base de cotización reducida durante la percepción de la prestación por cese de actividad.

Los tipos de cotización aplicables al RETA serán los fijados en la LPGE para cada ejercicio económico (art. 43.3 RGCL) y en la respectiva OM de cotización de cada año, distinguiéndose si el interesado está acogido o no al sistema de protección por cese de actividad y si tiene cubierta o no la protección de IT. Para las contingencias de AT y EP se aplicarán las tarifas de primas (Disp. Adic. 4.ª Ley 42/2006, según redacción dada por la Disp. Final 8.ª Ley 26/2009, de 23 de diciembre) sobre la misma base de cotización elegidas para contingencias comunes. Los trabajadores autónomos que no tengan cubierta la protección de AT y EP, efectuarán una cotización adicional aplicable sobre la base de cotización elegida para la financiación de las prestaciones de riesgo durante embarazo y riesgo durante la lactancia, así como para la protección por cese de actividad (LPGE y OM de cotización de cada año).

### *C) Reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social*

#### *a) Bonificaciones por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación*

Estas bonificaciones han sido establecidas por el artículo 9 LEMORSO que añade un nuevo artículo 30 a la LETA.

La bonificación consiste en el 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el tipo de cotización mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial. La duración máxima de la bonificación será de doce meses.

Esta bonificación se aplica en los supuestos de cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo o por tener a su cargo familiares, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada, o por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

La bonificación está condicionada a la contratación de un trabajador, a tiempo completo o parcial, que deberá mantenerse durante todo el período de su disfrute. La duración del contrato deberá ser al

menos de tres meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación. En el caso de que se extinga el contrato, incluso durante el período inicial de tres meses, el autónomo podrá beneficiarse de la bonificación si contrata a otro trabajador por cuenta ajena en el plazo máximo de treinta días. En el supuesto de que la contratación se efectúe a tiempo parcial deberá realizarse como mínimo al 50 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, en cuyo caso la bonificación será del 50%.

Esta bonificación es aplicable solamente para los trabajadores por cuenta propia que carezcan de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. En todo caso, el trabajador autónomo deberá mantenerse en situación de alta durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo del disfrute de la misma.

b) Reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los trabajadores por cuenta propia

Los trabajadores por cuenta propia que causen alta inicial en el RETA o que no hubiesen estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de los efectos del alta, tendrán derecho a que la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, se reduzca a 50 euros mensuales durante los seis meses siguientes al alta, siempre que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda. En el supuesto de que hubiesen optado por una base de cotización superior a la mínima, tendrán derecho a aplicarse durante los seis meses siguientes al alta, una reducción sobre la cuota de contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, equivalente al 80% de la cuota, calculada sobre el resultado de aplicar la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 31.1 LETA).

Transcurrido el período inicial de seis meses, los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a una reducción y bonificación de la cuota de contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, calculada sobre el resultado de aplicar la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, durante los doce meses siguientes, de acuerdo a la siguiente escala (art. 31.1 último párrafo LETA):

- ✦ Reducción del 50% de la cuota durante los seis meses siguientes
- ✦ Reducción del 30% de la cuota durante los tres meses siguientes al período anterior
- ✦ Bonificación equivalente al 30% de la cuota durante los tres meses siguientes al período anterior.

En el supuesto de que el trabajador autónomo que causa el alta inicial o que no hubiera estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de efectos del alta, fuera menor de 30 años o menor de 35 años en el caso de ser mujer, además de las reducciones y bonificaciones anteriores, podrán aplicarse una bonificación adicional, durante los 12 meses siguientes, equivalente al 30% sobre la cuota de contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, calculada sobre el resultado de aplicar la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 31.2 LETA).

Las reducciones y bonificaciones referidas también serán aplicables a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que estén encuadrados en el RETA (art. 31.3 LETA).

c) Reducciones y bonificaciones de cuotas a la seguridad social para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia

Las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, las víctimas de violencia de género y las víctimas de terrorismo que causen alta inicial en el RETA o que no hubiesen estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de los efectos del alta, tendrán derecho a que la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, se reduzca a 50 euros men-

suales durante los doce meses siguientes al alta, siempre que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda. En el supuesto de que hubiesen optado por una base de cotización superior a la mínima, tendrán derecho a aplicarse durante los doce meses siguientes al alta, una reducción sobre la cuota de contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, equivalente al 80% de la cuota, calculada sobre el resultado de aplicar la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 32.1 LETA).

Transcurrido el período inicial de doce meses, y con independencia de la base de cotización elegida, los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a una bonificación de la cuota de contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, del 50% del resultado de aplicar la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, por un período máximo de hasta 48 meses (art. 32.1 último párrafo LETA).

Las reducciones y bonificaciones referidas también serán aplicables a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que estén encuadrados en el RETA (art. 32.3 LETA).

#### d) Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos

El cónyuge y los familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y en su caso por adopción que colaboren con ellos y se incorporen al RETA y no hubieran estado dados de alta en el mismo en los cinco años inmediatamente anteriores, tendrán derecho a una bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50% durante los 18 primeros meses y al 25% durante los 6 meses siguientes, de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el RETA (art. 35 LETA).

#### e) Bonificaciones para los trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla

Los trabajadores autónomos que residan y ejerzan su actividad en las ciudades de Ceuta y Melilla tendrán derecho a una bonificación del 50% en sus aportaciones a las cuotas de seguridad social por contingencias comunes (art. 36 LETA).

#### f) Reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria incluidos en el RETA

El cónyuge o descendientes del titular de la explotación agraria que tengan cincuenta o menos años de edad y se incorporen a la actividad agraria, tendrán derecho a una reducción, sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75%. Esta reducción tendrá una duración de cinco años contados a partir desde la fecha de efectos del alta y será incompatible con la reducción y bonificación prevista para los trabajadores por cuenta propia que se incorporen al RETA, estudiados en el punto b) de este mismo epígrafe (art. 37.1 LETA).

#### g) Bonificaciones para trabajadores autónomos en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad

Los trabajadores autónomos que sean sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, por trabajadores desempleados mediante un contrato de interinidad, tendrán derecho a una bonificación del 100% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el RETA (art. 38.1 LETA).

Esta bonificación se mantendrá mientras dure la suspensión de la actividad y el contrato de interinidad del sustituto. En todo caso, el tiempo máximo de la bonificación será el del periodo de suspensión (art. 38 LETA).

#### 4. ACCIÓN PROTECTORA

La acción protectora del RETA comprenderá: asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad y accidente, recuperación profesional; prestaciones económicas de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores por cáncer u otra enfermedad grave, IP en los grados de total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez, jubilación, muerte y supervivencia, prestaciones familiares; prestación por cese de actividad; prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores y como complemento de las prestaciones anteriores podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social (arts. 314 y 42 TRLGSS, 27.1 DRETA, 1 RD 43/1984 y 26 LETA). De lo que se desprende que los trabajadores por cuenta propia no tienen derecho a la prestación de desempleo ni a las prestaciones no contributivas. Para tener derecho a las prestaciones, además de los requisitos generales de afiliación, alta o situación asimilada y los particulares de cada prestación, se exige:

- ✦ Estar al corriente en el pago de cuotas. Cuando el interesado no está al corriente de sus cotizaciones pero reúne el resto de los requisitos exigidos para devengar la prestación (salvo IT) se le invita para que ingrese en el plazo de treinta días naturales. Si ingresa se le considera al corriente de pago, si ingresa con posterioridad a dicho plazo se le concede la prestación menos un 20 por 100 cuando se trata de subsidios temporales o prestaciones de pago único, si se trata de pensiones se conceden con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas (art. 314, 47 TRLGSS y art. 28.2 DRETA).
- ✦ El período mínimo de cotización se computa teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas a otros regímenes de Seguridad Social en base al principio de totalización (art. 35 DRETA).
- ✦ El cese en la actividad y la consiguiente baja en el RETA da lugar a una situación asimilada al alta durante los noventa días siguientes al último día del mes de su baja (art. 69 ORETA).

##### *A) Incapacidad temporal*

La cobertura de la prestación por IT en este régimen especial tendrá carácter obligatorio (art. 315 TRLGSS) siendo los requisitos exigidos para tener derecho a dicha prestación los siguientes: estar afiliado y en alta, tener cubierto un período mínimo de cotización, si no deriva de accidente, de ciento ochenta días dentro de los últimos cinco años, estar al corriente en el pago de las cuotas, aunque es aplicable el mecanismo de la invitación al pago y por último, la presentación ante el INSS o la entidad colaboradora de una declaración en modelo oficial sobre la persona que gestione directamente el establecimiento o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad (art. 12 RD 1.273/2003, art. 47.4 RD Leg. 5/2000). Los trabajadores autónomos que soliciten su alta respecto a la cobertura de la protección del subsidio económico por IT, han de llevar a efecto dicha cobertura en una MCSS que debe asumir dicha cobertura con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social (art. 83.1.b) y c) TRLGSS).

La cuantía diaria del subsidio es el resultado de aplicar a la base reguladora unos determinados porcentajes. La base reguladora será la del mes anterior al de la baja médica, dividida entre 30. Los porcentajes a aplicar son los siguientes: desde el cuarto al vigésimo día de la baja el 60 por 100 y a partir del vigésimo primero, el 75 por 100. En los supuestos que el trabajador autónomo hubiera optado por la cobertura de contingencias profesionales y la baja fuese derivada de AT o EP, la cuantía del subsidio será del 75 por 100 desde el día siguiente al de la baja (arts. 6.2 y 11 RD 1.273/2003).



### B) Incapacidad permanente

Las prestaciones de IP son iguales que las del RG, así como la definición de los diferentes grados de la misma. Como peculiaridades específicas del RETA podemos destacar la noción de profesión habitual, que es la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba de alta en la fecha en que se produjo la incapacidad y la restricción protectora de la IP parcial solamente cuando se deriva de AT o EP.

Los requisitos exigidos para el percibo de estas prestaciones son: estar afiliado y en alta, al corriente en el pago de las cuotas (cabe la posibilidad ya expuesta sobre la invitación al pago) y tener cubierto un período de cotización idéntico al del RG. En el supuesto de que el trabajador sea declarado en situación de IP sin haber agotado el período máximo de IT y no tuviera cubierto el período de carencia, el período no disfrutado de IT se contabilizará a estos efectos (Disp. Adic. 13.ª RD 9/1991).

La IP total del RETA tiene las siguientes peculiaridades: la indemnización sustitutiva de la pensión consiste en una cantidad a tanto alzado equivalente a cuarenta mensualidades de la base reguladora, también es aplicable la prestación cualificada (20 por 100) cuando se produzcan los requisitos siguientes: el pensionista tenga una edad igual o superior a cincuenta y cinco años, no ejerza actividad retribuida que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la seguridad social y que no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario o usufructuario (art. 38 DRETA).

### C) Jubilación

La regulación de la prestación de jubilación es idéntica al RG, no obstante se establecen las siguientes peculiaridades:

- Es necesario tener la edad legal de jubilación, con lo que se excluye la jubilación anticipada de los trabajadores de sesenta y un años de edad, con treinta cotizados, que hayan sido despedidos e inscritos como demandantes de empleo, si únicamente se ha cotizado al RETA (art. 208 y Disp. Adic. 1ª TRLGSS). No obstante, la LAAMSS ha previsto que el Gobierno, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia del cese de actividad establecido por la Ley 32/2010, efectuará los estudios pertinentes sobre la posibilidad de que quienes se encuentren en dicha situación legal de cese de actividad puedan acceder a la jubilación anticipada a los 61 años (Disp. Adic. 27ª LAAMSS).

#### a) Requisitos para el percibo de la prestación

- Para calcular la cuantía de la pensión se aplica a la base reguladora el porcentaje de los años de cotización efectiva (arts 318. d) y 210 TRLGSS), sin que se produzca la integración de lagunas con las bases mínimas de los períodos en que no existiese obligación de cotizar (art. 318.d) y 209.1.b) TRLGSS). Por otra parte, los trabajadores autónomos que hayan estado exentos de cotizar por tener 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización y que accedan a la pensión de jubilación después del 1 de enero de 2013, se les considerará como cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente el período de exención de cotizaciones (Disp. Trans. 12ª TRLGSS). Asimismo, a partir de 1 de enero de 2013, se establece una nueva forma de determinación de la base reguladora de la pensión para los trabajadores autónomos cuando haya transcurrido un año o más desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad, siempre que dicho cese se produzca a partir de los 55 años y lo haya sido respecto de la última actividad realizada previa al hecho causante de la pensión de jubilación [art. 2.c) RLAAMSS].

- El disfrute de la pensión de jubilación es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio y con el desempeño de las funciones propias de dicha titularidad (art. 93.2 ORETA) y con aquellas actividades por cuenta ajena o propia cuyo rendimiento superen el SMI en cómputo anual.
- La LAAMSS (Disp. Adic. 34.<sup>a</sup>) previó que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de 1 de enero de 2013, presentara un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de los autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar. Actualmente, los trabajadores por cuenta propia tienen la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial (arts. 318.d) y 215 TRLGSS).

#### *D) Prestación por cese de actividad*

Esta prestación fue reconocida por la Ley de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Ley 32/2010, de 5 de agosto), a partir de 6-11-2010, dando así cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> LETA. Actualmente está regulada en el Título V TRLGSS.

#### *a) Requisitos para el percibo de la prestación*

Para tener derecho a esta prestación, el trabajador autónomo debe cumplir una serie de requisitos (art. 330 TRLGSS):

- Tener protegida la cobertura por accidente laboral y enfermedad profesional.
- Tener cubierto un período de cotización por cese de actividad de al menos doce meses dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, de los cuales al menos doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese (art. 338 TRLGSS).
- Encontrarse en situación legal de cese de actividad (art. 331 TRLGSS):
  - Cuando existan motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional, como son las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 10 por 100 de los ingresos, excluido el primer año de inicio de la actividad; las ejecuciones judiciales o administrativas que comporten, al menos, el 30 por 100 de los ingresos de la actividad del trabajador autónomo correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior y la declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad.
  - Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional.
  - Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales.
  - La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma.
  - Por divorcio o separación matrimonial, mediante la correspondiente resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su ex cónyuge o de la persona de la que se ha separado.
  - En el caso de los TRADE por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio; por incumplimiento contractual grave del cliente. debidamente acreditado; por rescisión de la relación contractual adoptada por causa justificada e injustificada por el cliente; por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, siempre que impida la continuación de la actividad.

- Acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle los Servicios Públicos de Empleo
- No haber cumplido la edad para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.
- Estar al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. No obstante, si en la fecha del cese de actividad no se cumpliera este requisito, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales ingrese las cuotas debidas. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.
- Cuando el trabajador autónomo tenga a uno o más trabajadores a su cargo y concurra alguna de las causas de situación legal de cese de actividad, será requisito previo al cese de actividad el cumplimiento de las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral.

#### b) Cuantía de la prestación

El sistema de protección comprende la prestación económica por cese total, temporal o definitivo de la actividad, y el abono de la cotización de la Seguridad Social del autónomo por contingencias comunes, siendo la base de cotización durante ese período la base reguladora de la prestación por cese de actividad. Además comprenderá medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios (art. 329 TRLGSS).

La cuantía equivaldrá al 70 por 100 del promedio de las bases de cotización por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal del cese y la duración estará en función de los períodos cotizados dentro de los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, de los que al menos 12 meses deben ser continuados e inmediatamente anteriores, según la escala establecida. Si se ha cotizado entre un año y 17 meses, tendrá derecho a una prestación de dos meses y así en una escala sucesiva hasta el que haya cotizado durante cuatro años o más, que podrán percibir en este caso la prestación durante un año (arts. 338 y 339 TRLGSS). El trabajador autónomo al que se le hubiera reconocido esta prestación podrá volver a solicitar un nuevo reconocimiento, siempre que concurren los requisitos legales y hubieran transcurrido dieciocho meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación (art. 338.3 TRLGSS).

También estaba prevista la prestación no contributiva por cese de actividad para trabajadores autónomos, a la que tendrían derecho los autónomos que hubieran cesado en su actividad desde 1-1-2009 y no percibieran ayuda pública o prestación mientras siguieran un itinerario de orientación y formación para mejorar su ocupabilidad (Disp. Adic. 13.ª Ley 32/2010). Sin embargo, la referida Disposición Adicional fue derogada expresamente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, por lo que la prestación no contributiva por cese de actividad para trabajadores autónomos la podemos considerar como nonata.

#### c) Suspensión, reanudación y extinción de la prestación

La prestación por cese de actividad se suspenderá durante el período que corresponda por imposición de sanción por infracción leve o grave, en los términos de la LISOS; durante el cumplimiento de condena que implique privación de libertad y durante el período de realización de un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena (art. 340.1 TRLGSS).

La prestación por cese de actividad podrá reanudarse siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión y que dicha causa constituye situación legal de desempleo (art. 340.2 TRLGSS).

Por último, la prestación por cese de actividad se extinguirá por agotamiento del plazo de duración de la prestación; imposición de las sanciones en los términos de la LISOS; realización de un trabajo por cuenta ajena o propia durante un tiempo igual o superior a doce meses, en este último caso siempre que genere derecho a la protección por cese de actividad como trabajador autónomo; cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria; reconocimiento de pensión de jubilación o de incapacidad permanente; traslado de residencia al extranjero; renuncia voluntaria al derecho y fallecimiento del trabajador autónomo (art. 341 TRLGSS).

*d) Revisión del sistema de protección por cese de actividad*

En el plazo de cinco años, a partir de 1 de enero de 2015, fecha de la entrada en vigor de la ley 35/2014, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un estudio sobre la evolución de los principales parámetros que configuran el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos y su incidencia económica, al objeto de revisar el régimen de voluntariedad del sistema así como su régimen financiero (Disp. Adic. 2ª Ley 35/2014 que modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las MCSS).

*e) Pago único de la prestación por cese de actividad*

Los titulares del derecho a la prestación por cese de actividad y que tengan pendiente de percibir un período mínimo de seis meses, podrán percibir de una sola vez el valor actual del importe de la prestación, cuando acrediten ante el órgano gestor que van a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos o destinen el 100% de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en el plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que vayan a poseer el control efectivo de las mismas y a ejercer en ella una actividad profesional encuadrada en el RETA (art. 39.1 LETA).

La solicitud del abono de la prestación por cese de actividad se deberá realizar en una fecha anterior a la de la incorporación del beneficiario a la sociedad o a la del inicio de la actividad como trabajador autónomo, considerando que tal inicio coincide con la fecha de alta en el RETA (art. 39.3 LETA). Una vez percibida la prestación, el beneficiario deberá iniciar en el plazo máximo de un mes la actividad y darse de alta en el RETA, o acreditar que está en fase de iniciación (art. 39.4 LETA).

El pago único de la prestación por cese de actividad deberá destinarse a las aportaciones al capital social o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad como trabajador autónomo, incluidas las cargas tributarias para el inicio de la actividad. También podrán destinar la prestación de pago único a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la entidad, así como al pago de las tasas y tributos y destinar hasta el 15% de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a realizar (art. 39.5 LETA).

*E) Contingencias profesionales*

La cobertura de estas contingencias tienen un carácter voluntario para los trabajadores autónomos, excepto para los TRADE cuya cobertura es obligatoria y a su cargo (art. 316 TRLGSS). La Disposición Adicional 58ª LGSS preveía la ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de manera obligatoria en la acción protectora de todos los regímenes del sistema de Seguridad Social a partir de 1 de enero de 2013, sin embargo, esta Disposición Adicional ha ido siendo aplazada de año en año en su vigencia hasta su derogación definitiva (Disp. derogatoria única LPGE 2015).

El concepto de AT es diferente, también, para los trabajadores autónomos y para los TRADE. En el caso de estos últimos se asemeja al del trabajador por cuenta ajena, mientras que para los trabajadores autónomos se entiende como el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza

por su cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho régimen (art. 3.2 RD 1.273/2003), por lo que no juega la presunción de tiempo y lugar, además de no contemplarse el accidente *in itinere* ni se amplía por la imprudencia profesional del accidentado.

Los trabajadores que hayan mejorado voluntariamente la acción protectora incorporando las contingencias profesionales tienen derecho a las siguientes prestaciones: asistencia sanitaria, subsidio por IT, prestaciones por IP, prestaciones por muerte y supervivencia e indemnizaciones a tanto alzado por lesiones permanentes que no causen incapacidad (arts. 3 a 11 RD 1.273/2003).

## VI. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ESTUDIANTES

La existencia de este régimen especial se justifica en que los sujetos protegidos no realizan actividades productivas ni profesionales, sino el desarrollo de estudios, por lo que toda la acción protectora va encaminada a facilitar la continuidad de unos determinados tipos de estudios establecidos por la normativa. Este régimen especial está totalmente trasnochado, especialmente en cuanto a la normativa que lo regula, con casi sesenta años a sus espaldas, por lo que sería necesaria su adaptación a la nueva realidad social, especialmente en cuanto a los sujetos protegidos, debido a la cada vez más larga dependencia económica de los estudiantes, y a la acción protectora en consonancia con las necesidades actuales, tanto en lo que se refiere a las académicas como a las personales.

### I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Están incluidos en este REE los estudiantes, menores de veintiocho años (art. 3 LSEO) que realicen un determinado tipo de estudios. En un principio, lo referidos estudios se referían a enseñanzas no obligatorias, sin embargo, de una manera paulatina se ha ido extendiendo a todos los grados de enseñanza (v. gr., alumnos de 3.º y 4.º de ESO, alumnos que cursan programas de garantía social, estudiantes de grado elemental y medio en Conservatorios de Música e incluso alumnos de Escuelas Oficiales de Idiomas).

### 2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN

La matrícula del estudiante en cualquiera de los estudios protegidos provoca de manera simultánea la afiliación en el REE y le da cobertura durante todo el curso académico de que se trate. Los centros escolares deberán facilitar a la TGSS la relación de alumnos matriculados dentro del mes siguiente al del cierre del respectivo plazo de matrícula (Disp. Adic. 3.ª RIAAB).

La obligación de cotizar se atribuye al 50 por 100 tanto a los estudiantes como a las Administraciones (estatal o autonómicas) (art. 11 LSEO), siendo considerados ambos como sujetos responsables del cumplimiento del pago de las cuotas (art. 60 RD 2.064/1995). Esta obligación es única y por curso académico, la pagará el estudiante juntamente con la matrícula y posteriormente el centro docente la ingresará en TGSS en el plazo de un mes a contar desde la finalización del plazo de matrícula.

### 3. ACCIÓN PROTECTORA

Comprende dos tipos de prestaciones: las obligatorias y la complementaria. Dentro de las obligatorias (art. 4 LSEO) se incluyen el infortunio familiar, el accidente escolar y la enfermedad escolar y como protección complementaria se incluye la ayuda al graduado.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. CARACTERIZACIÓN

- BLASCO LAHOZ, J.F.: *Regímenes Especiales de Seguridad Social*. Valencia, 2011.
- BLASCO LAHOZ, J. F.; LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALER CARRACO, M. A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia, 2011.
- BLASCO LAHOZ, J. F., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las normas de desarrollo y aplicación a regímenes especiales que integran el Sistema de Seguridad Social incluidas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social» y «Otras precisiones en el ámbito de los regímenes especiales de la Seguridad Social», en *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R., y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social: entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Pamplona, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales: nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social», *TRS*, n.ºs 128 y 129/2011.

### II. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES DEL MAR

- ARUFE VARELA, A.: «Sobre la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a estibadores portuarios incluidos en el régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *AS*, n.º 13/2005.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Pamplona, 1999.
- «A propósito de las actividades marítimo-pesqueras determinantes de la aplicación de los coeficientes reductores de edad mínima de jubilación en el régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *AS*, n.º 20/2001.
- «Sobre cómputo de cotizaciones para jubilación anticipada de una trabajadora del mar, por aplicación de la Ley 47/1998, de 23 de diciembre», *AS*, n.º 11/2003.
- «A propósito de la afiliación de los estibadores portuarios a la Seguridad Social y la jurisdicción competente para enjuiciar esta cuestión en caso de pleito», *AS*, n.º 15/2008.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C.: «La retribución del trabajo en el mar: el salario a la parte», *REDT*, n.º 123/2004.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C., y MONTOYA MELGAR, A.: «La protección por desempleo de la gente del mar», *REDT*, n.º 123/2004.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar ¿es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?», *AS*, n.º 16/2003.
- VICENTE PALACIO, A.: *El régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Pamplona, 2004.
- «El régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Cuadernos de AS*, n.º 20/2005.
- «De nuevo sobre el derecho de los trabajadores del mar de nacionalidad marroquí a percibir prestaciones por desempleo por servicios prestados en España: Aplicación preferente del Reglamento comunitario 2211/1978, de 26 de septiembre, también en los casos de enrolamiento fundado en los acuerdos de pesca Unión Europea-Marruecos», *AS*, vol. IV, 2000.

### III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN

- CEA AYALA, A.: «Aspectos relevantes del Régimen Especial de la Minería del Carbón», *Repertorio de Jurisprudencia*, vol. VI, 1999.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Jubilación en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y Reglamentos Comunitarios», *AS*, n.º 6/2011.
- GARCÍA TOMÁS, E.: «Minería del Carbón. La Tesorería General mantiene un criterio contrario a Derecho», *Revista Técnico Laboral*, n.º 47/1991.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «Sobre la denegación de la aplicación analógica de la “jubilación de los inválidos totales” del régimen especial de la minería del carbón a un minero perteneciente al régimen general», *AS*, n.º 11/2004.
- *La minería del carbón. Bases jurídicas para su reordenación*, León, 2000.
- «Competencia administrativa en materia de Inspección y vigilancia en las explotaciones mineras. A propósito del recargo de prestaciones», *AS*, n.º 3/2008.

### IV. SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN

- ALEGRE NUENO, M.: «La aplicación de la figura de la sucesión empresarial a las cooperativas de trabajo asociado», *AS*, n.º 6/2011.
- HIERRO HIERRO, J.: «Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado», *AS*, n.º 20/2003.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «Cooperativas y Seguridad Social», *RL*, n.º 21/2000.
- *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, 2006.
- «Las prestaciones de desempleo en empresas de economía social. Especial referencia al pago único», *AS*, n.º 19/2002.
- MORGADO PANADERO, P.: «El régimen laboral y de Seguridad Social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado», *AL*, n.º 28, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y otros: «Comentario al artículo 7.1.c) socios trabajadores de cooperativas de Trabajo Asociado, d) estudiantes y e) funcionarios de la Ley General de la Seguridad Social. Extensión del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social», *Códigos con Jurisprudencia*, BIB 2008\3871.

### V. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., y RICO BUENO, N.: «Sobre la invitación al pago de cuotas para el acceso a las prestaciones por incapacidad temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», *AS*, n.º 8/2011.
- BARCELÓN COBEDO, S.: «Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad», *AS*, n.º 18/2010.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., y ESTAN TORRES, M. C.: *La nueva regulación legal del régimen especial de trabajadores autónomos*, Madrid, 2004.
- BARRIOS BAUDOR, G. L.: «Requisitos para acceder a las diferentes prestaciones del RETA», *Especial*, BIB 2009\5322.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Albacete, 2012.
- «La racionalización del Sistema de Seguridad Social y la convergencia de la acción protectora del RETA y del RGSS», *AS*, n.º 3/2011.
- *El régimen especial de trabajadores autónomos: Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*, Valencia, 2005.

- «La pervivencia del carácter especial del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Los últimos pronunciamientos judiciales y legislativos sobre su acción protectora», *AS*, n.º 4/2003.
- CARBAJAL GARCÍA, P.: «Agentes y subagentes de seguros: breve apunte sobre su encuadramiento en el régimen especial de trabajadores autónomos», *IL*, n.º 13/2001.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes», *AL*, n.º 8/2009.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., y CÁMARA BOTÍA, A.: «La acción protectora del régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos», *AS*, n.º 22/2005.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: «Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos», *AS*, n.º 10/2001.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «El rumbo del RETA a partir del Estatuto del Trabajo Autónomo», *AS*, n.º 16/2007.
- «El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo». *RDAS* n.º 11/2013.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B.: «La prestación de incapacidad permanente total “cualificada” en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: ámbito de aplicación temporal», *AS*, n.º 12, 2004.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «Regulación legal de un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos», *Diario La Ley*, n.º 7.503/2010.
- GUERRERO VIZUETE, E.: «Convivencia *more uxorio* y prestación por cese de actividad», *AS*, n.º 9/2012.
- *El trabajador autónomo dependiente económicamente. Un estudio jurídico laboral*, Valladolid, 2012.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *Ámbito subjetivo del régimen especial de trabajadores autónomos*, Pamplona, 1996.
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: configuración legal y campo de aplicación*, Pamplona, 2008.
- MARTÍNEZ DE LUCAS, J. A.: «La extensión de la acción protectora por contingencias profesionales al Régimen Especial de Autónomos», *AL*, n.º 9/2003.
- «Guía práctica de la Seguridad Social del trabajador autónomo», *AL*, n.º 20/2008.
- MARTÍNEZ LLANOS, N.: «Determinación de la fecha del hecho causante de las pensiones reconocidas al amparo de la legislación del régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos», *IL*, n.º 29/2001.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «El sistema de protección por cese de actividad: Régimen de financiación y gestión», *AS*, n.º 2/2012.
- PANIZO ROBLES, J. A.: «El nuevo régimen jurídico de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo». *RIL* n.º 2/2015.
- SÁNCHEZ NAVARRO, D.: «La inclusión en el campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) de Trabajadores Menores de 18 años emancipados», *AS*, n.º 10/2002.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; AZAGRA SOLANO, M., y otros: «La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección», *AS*, n.º 9/2012.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», *RMTAS*, n.º 49/2004.
- «Los mediadores de seguros y su afiliación al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social», *RMTAS*, n.º 34/2002.
- VVAA: «Las prestaciones por cese de actividad del trabajador autónomo: Modificaciones introducidas por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales». *RIL* n.º 1/2015

## VI. RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTUDIANTES

- BORRAJO DACRUZ, E.: «Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social», *AL*, n.º 12/2008.
- CABEZAS ESTEBAN, J. L.: «Reflexiones sobre el Seguro Escolar», *REDT*, n.º 37/1989.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., y ARQUED SANMARTÍN, A.: «Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes», *AS*, n.º 12/2001.
- GÓMEZ PUENTE, M.: «Dos notas sobre la potestad reglamentaria a propósito de la regulación del Seguro Escolar», *Diario La Ley*, 1995, tomo 2.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «Pluriactividad y Seguridad Social», *RL*, n.º 7/2005.
- LÓPEZ SEGURA, N.: «El Seguro Escolar», *AS*, n.º 13/2005.
- LUQUE PARRA, M., y CALZADA OLIVERAS, E.: «Seguridad Social de universitarios en prácticas: estado de la cuestión», *AS*, n.º 10/2012.
- NOFUENTES, G., y MONTORO, M.: «El seguro escolar y su prestación por accidente escolar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955, p. 739, tomo XXX, Reus.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y otros: «Comentario al artículo 7.1.c) socios trabajadores de cooperativas de Trabajo Asociado, d) estudiantes y e) funcionarios de la Ley General de la Seguridad Social. Extensión del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social», *Códigos con Jurisprudencia*, BIB 2008\3871.





## CAPÍTULO 17.

### REGÍMENES ESPECIALES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: FUNCIONARIOS

Como ya se vio en el capítulo anterior el sistema normativo de la Seguridad Social se estructura en un Régimen General y diversos RREE. Una vez estudiados los RREE de los trabajadores y estudiantes, en este capítulo se va a estudiar los restantes RREE que aparecen enumerados en el artículo 10.2 TRLGSS, es decir, el de los funcionarios públicos civiles y militares.

La protección social de los funcionarios está configurada en tres RREE: el de los funcionarios civiles del Estado, el de los funcionarios de la administración de justicia y el de funcionarios de las FFAA. Estos RREE se caracterizan por tener una regulación propia distinta del TRLGSS, y cuyas prestaciones se financian en la LGPE y no con el presupuesto de la Seguridad Social. Actualmente existe una clara tendencia hacia la integración de estos tres regímenes con el Régimen General, con la finalidad de conseguir un único sistema público de Seguridad Social y desterrar para siempre las particularidades y diferencias de determinados y reducidos ámbitos subjetivos. De una manera lenta se ha producido la expansión del Régimen General para determinados colectivos de funcionarios, como los de las CCAA, Administración local, Administración institucional del Estado y los funcionarios interinos y de empleo y los contratados temporalmente. Sin embargo, en el momento presente, este proceso de expansión del Régimen General está dando lugar a diferencias de protección entre colectivos que prestan servicios en un mismo órgano administrativo, dejando de esta manera en evidencia la racionalidad, coherencia y equidad del sistema. Por otra parte, la pervivencia del sistema de clases pasivas, propio de un sistema de previsión social administrativa, dificulta ciertamente la integración en un único Sistema de Seguridad Social, aunque bien es cierto que con la publicación del RDL 13/2010, de 3 de diciembre se ha venido a dar un gran paso en la línea de integración de los funcionarios en el Régimen General de la Seguridad Social, al incluir en su campo de aplicación a los funcionarios ingresados a partir de 1-1-2011, con la finalidad de consolidar a medio plazo el Sistema de Seguridad Social con los inmediatos efectos resultantes del incremento en la confianza y solvencia del sistema, como reza la exposición de motivos del RDL.

#### I. CARACTERIZACIÓN

Los RREE de los funcionarios civiles de la AGE, de los funcionarios de la Administración de Justicia y el de los funcionarios de las FFAA se caracterizan por los siguientes elementos configuradores:

- ✦ Se rigen por una normativa propia con sus peculiaridades específicas que los distinguen del Régimen General de la Seguridad Social.

- Tienen un doble mecanismo de cobertura: el régimen de clases pasivas y el mutualismo administrativo.
- La gestión del régimen de clases pasivas se realiza por los propios órganos de la AGE y la gestión del mutualismo administrativo por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), por la Mutualidad General Judicial -(MUGEJU) y por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), respectivamente.
- Existe una clara tendencia hacia la integración de estos RREE en el Régimen General de la Seguridad Social, dado que a partir de 1-1-2011 los funcionarios de nuevo ingreso estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General en lugar del de clases pasivas.
- La acción protectora del régimen de clases pasivas para los funcionarios ingresados con anterioridad a 1-1-2011 comprenderá las pensiones ordinarias de jubilación, las pensiones ordinarias a favor de familiares y las pensiones extraordinarias causadas por accidente, en acto de servicio o como consecuencia del mismo.
- La acción protectora del mutualismo administrativo comprende la asistencia sanitaria; el subsidio de IT, excepto en el REFA que lo perciben exclusivamente los funcionarios civiles incluidos en dicho Régimen; riesgo durante embarazo, riesgo durante la lactancia; cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves, prestaciones recuperadoras de IP total, absoluta o gran invalidez; indemnización por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad o en acto de servicio; servicios sociales; asistencia social; prestaciones familiares por hijo a cargo discapacitados y ayudas económicas en caso de parto múltiple. Además, los funcionarios del REFA tienen una pensión complementaria de la de clases pasivas denominada inutilidad para el servicio.
- Cada uno de estos RREE tienen un ámbito de aplicación subjetivo propio, con su respectivas inclusiones y exclusiones.
- La incorporación a las respectivas mutualidades es obligatoria y se realizará cuando se adquiriera la condición de su inclusión en la respectiva mutualidad, ya sea como consecuencia de la toma de posesión en el cargo o en la fecha del comienzo de las prácticas.
- La incorporación a las respectivas mutualidades se realizará de oficio en el plazo de treinta días por los órganos directivos en los que preste servicios el funcionario, y en su defecto, a instancia del interesado.
- El alta en las mutualidades respectivas se realizará en el momento de la toma de posesión, al adquirir la condición de funcionario, cuando sea rehabilitado el funcionario o reingresen al servicio activo.
- En estos tres RREE cabe la posibilidad de cursar el alta facultativa por el propio interesado como mutualista voluntario, aunque en este caso deberá abonar tanto la cuota correspondiente al funcionario como al Estado.
- La cotización a estos RREE es obligatoria y comprende dos aportaciones: la cuota del mutualista y las aportaciones del Estado.
- Tanto la base de cotización —haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos— como el tipo porcentual de cotización será fijado en la LPGE de cada año.
- Las prestaciones de estos RREE se financian a través de la LPGE y no a través del presupuesto de la Seguridad Social.

## II. RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO

El REFCE se encuentra regulado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado

(RDLFCE), el cual ha sido desarrollado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RGMA).

## I. MECANISMOS DE COBERTURA

Este REFCE queda integrado por los siguientes mecanismos de cobertura: el régimen de clases pasivas del Estado y el régimen del mutualismo administrativo (art. 2 del RDLFCE).

El régimen de clases pasivas del Estado garantiza a los funcionarios de carrera de carácter civil de la AGE, al personal interino, al personal anteriormente citado que preste servicio en las diferentes CCAA como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas y a los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva, la protección frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte y supervivencia (arts. 1.1, 1.2 y 2 TRLCPE). Este régimen de Clases Pasivas del Estado se gestiona de forma unitaria por los órganos de la AGE que correspondan (art. 4.1 TRLCPE), concretamente por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 11.1 TRLCPE), sin perjuicio de las obligaciones que contraigan las diferentes CCAA respecto del personal de la Administración del Estado transferido y adscrito a su servicio (art. 4.2 TRLCPE). No obstante, como consecuencia del paulatino proceso de integración en el Régimen General de la Seguridad Social, a partir de 1-1-2011, los funcionarios públicos y otro personal de nuevo ingreso a que se refiere el artículo 2 del TRLCPE han quedado incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, a los efectos de clases pasivas, siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de esa fecha (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre).

Por su parte, el régimen del mutualismo administrativo cubre las siguientes contingencias: asistencia sanitaria; IT, cualquiera que sea su origen; prestaciones recuperadoras de IP cualquiera que sea su origen y cargas familiares (arts. 11 y 12 RDLFCE) y se gestiona y presta a través de MUFACE, la cual depende del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 4.1 RDLFCE), con rango de Dirección General y tiene la consideración de organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión (art. 5.1 RDLFCE).

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

### A) Inclusiones

Quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del REFCE: los funcionarios de carrera de la AGE y los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado (arts. 3.1 RDLFCE y 3.1 RGMA).

Asimismo, estarán incluidos en el REFCE con la condición de beneficiarios los familiares o asimilados a cargo de un mutualista que vivan con el titular del derecho y a sus expensas, que no perciban ingresos superiores al doble del SMI y que no tengan cobertura a través de cualquiera de los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social (art. 15.2 RGMA). Estos familiares o asimilados son los siguientes (art. 15.2 RGMA):

- El cónyuge del mutualista, así como la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Los descendientes, hijos adoptivos y hermanos. Los descendientes e hijos adoptivos podrán serlo de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, y los hijos también de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Excepcionalmente, los acogidos de hecho

quedan asimilados, a estos efectos, a los familiares mencionados, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad General.

- Los ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.
- Cualquiera otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social.

En caso de fallecimiento del mutualista, serán beneficiarios de MUFACE los viudos y huérfanos de mutualistas, ya estuvieran en activo o jubilado en el momento del hecho causante. A estos efectos, se consideran asimilados a los viudos a los perceptores de la pensión de viudedad de Clases Pasivas por haber sido cónyuges legítimos de funcionarios incluidos en el REFCE y equiparado al huérfano, el hijo menor de edad o mayor incapacitado que haya sido abandonado por padre o madre mutualista (art. 16.1 RGMA). También tendrá la condición de beneficiario el cónyuge que viva separado de un mutualista en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto por divorcio, y los hijos que convivan con aquél (art. 16.2 RGMA).

### *B) Exclusiones*

Están excluidos del ámbito de aplicación del REFCE: los funcionarios de la Administración Local, los funcionarios de organismos autónomos, los funcionarios de Administración Militar, los funcionarios de la Administración de Justicia, los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social, los funcionarios de nuevo ingreso y en prácticas de las Comunidades Autónomas, los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las CCAA, que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso y el personal de administración y servicios propio de las universidades (arts. 3.2 RDLFCE y 3.3 RGMA).

## 3. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

### *A) Incorporación a MUFACE: afiliación*

Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado se incorporarán obligatoriamente, como mutualistas, a MUFACE, en el momento de la toma de posesión de su cargo, cuando adquieran la condición de funcionario, o, en su caso, desde el comienzo del período de prácticas (arts. 7.1 RDLFCE y 7 RGMA).

La incorporación a MUFACE es de carácter único y permanente y surtirá efectos en el Sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de las altas y bajas, así como de las variaciones que puedan producirse con posterioridad a la misma (art. 7 RGMA).

La condición de afiliado se acreditará mediante el correspondiente documento de afiliación, que será expedido por MUFACE (art. 8.1 RGMA) y en el que deben figurar los datos personales del funcionario que sean necesarios para su identificación como mutualista y su número de afiliación, que tiene carácter permanente y propio de este REFCE (art. 8.2 RGMA).

La afiliación se llevará a cabo de oficio y, en su defecto, a instancia del interesado (art. 14.1 RGMA), corresponderá a los órganos competentes en materia de personal el dar cuenta a MUFACE, en el plazo máximo de un mes, de la toma de posesión de los funcionarios de carrera, y del nombramiento de funcionarios en prácticas (art. 14.2 RGMA). No obstante, podrán los interesados promover directamente ante MUFACE su afiliación cuando por alguna circunstancia, aquélla no se haya efectuado de oficio dentro del plazo del plazo de un mes (art. 14.4 RGMA).

## B) Altas en MUFACE

### a) Alta obligatoria

Estarán de alta obligatoria en MUFACE los funcionarios en situación de servicio activo desde el momento de la toma de posesión, bien cuando adquieran la condición de funcionario, bien cuando sean rehabilitados en dicha condición, o reingresen al servicio activo (arts. 7 RDLFCE y 9.1 RGMA).

El alta obligatoria se llevará a cabo de oficio y, en su defecto, a instancia del interesado (art. 14.1 RGMA), corresponderá a los órganos competentes en materia de personal el dar cuenta a MUFACE, en el plazo máximo de un mes, de la toma de posesión de los funcionarios de carrera, y del nombramiento de funcionarios en prácticas, así como el cambio de situación administrativa, la jubilación y, en general, los actos administrativos que alteren o modifiquen datos referidos a la afiliación a MUFACE (art. 14.2 RGMA). No obstante, podrán los interesados promover directamente ante MUFACE su alta cuando por alguna circunstancia, aquélla no se haya efectuado de oficio dentro del referido plazo de un mes (art. 14.4 RGMA).

### b) Conservación del alta obligatoria

Conservarán la condición de mutualista en alta obligatoria, con los mismos derechos y obligaciones que en la situación de servicio activo, los funcionarios que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones (arts. 7 RDLFCE y 9.2 RGMA): servicios especiales, salvo que presten servicios como personal de la administración de la UE o de otra organización internacional en la que España sea parte y que estén acogidos obligatoriamente al régimen de previsión de la mencionada organización, mientras dure dicha situación, y siempre que no hayan causado baja en MUFACE previamente por haber ejercitado el derecho de transferencia previsto Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas [arts. 8.3 y 8.1.c) RDLFCE]; servicios en CCAA; expectativa de destino; excedencia forzosa; excedencia por cuidado de familiares y suspensión provisional o firme de funciones.

Por otro lado, los funcionarios jubilados se encontrarán en situación de alta obligatoria en los siguientes supuestos (art. 9.3 RGMA): cuando provengan de la situación de servicio activo o de alguna de las situaciones por las que se ha conservado su alta obligatoria; cuando se hayan mantenido en situación de alta voluntaria, y cuando perciban una pensión del Régimen de Clases Pasivas causada en su condición de funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del REFCE (art. 11 RGMA).

### c) Supuestos específicos de alta en MUFACE

En el supuesto de que un mutualista ingrese o reingrese en otro cuerpo o escala incluido en el ámbito de aplicación de este REFCE, mantendrá su situación de alta en MUFACE, registrándose las variaciones inherentes a dicho cambio a efectos de la correspondiente cotización del funcionario (art. 12.1 RGMA).

Si el funcionario ocupa varias plazas que sean compatibles entre sí, causará el alta a través de aquella por la que perciba las retribuciones básicas (art. 12.2 RGMA).

Por el contrario, cuando una única prestación de servicios sea causa de la inclusión obligatoria de un funcionario en el REFCE y en otro régimen del Sistema de la Seguridad Social, podrá optar, por una sola vez, por pertenecer exclusivamente al REFCE y si la doble afiliación afecta a dos regímenes especiales de funcionarios podrá optar, también por una sola vez, por pertenecer a uno solo de ellos (art. 12.3 RGMA).

### d) Alta voluntaria

También existe la posibilidad, como se acaba de decir, que los funcionarios puedan mantener facultativamente la situación de alta como mutualistas voluntarios, con los mismos derechos, siempre que abonen exclusivamente a su cargo las cuotas correspondientes al funcionario y al Estado (arts. 8.2 RDLFCE y 10.2 RGMA).



#### e) Suspensión del alta en MUFACE

Los funcionarios incluidos en el REFCE podrán optar por suspender el alta en MUFACE y cesar consiguientemente en sus derechos y obligaciones respecto a la misma, cuando se encuentren en situación de servicios especiales por prestar servicios como personal de la administración de la Unión Europea o de otra organización internacional en la que España sea parte y que estén acogidos obligatoriamente al régimen de previsión de la mencionada organización. Esta situación de suspensión del alta se mantendrá mientras duren los servicios especiales, dejando de surtir efectos cuando cese la situación que la motivó (arts. 8.3 RDLFCE y 10.6 RGMA).

#### C) *Baja en MUFACE*

Causarán obligatoriamente baja como mutualistas los funcionarios que pasen a la situación de excedencia voluntaria, en cualquiera de sus modalidades, los funcionarios que pierdan tal condición, cualquiera que sea la causa, los funcionarios que ejerciten el derecho de transferencia a las Comunidades Europeas, los funcionarios que sean afiliados obligatoriamente al REFA, en tanto persista la causa que dio origen a esta afiliación (arts. 8.1 RDLFCE y 10.1 RGMA).

El propio interesado, en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la notificación del acuerdo de excedencia voluntaria, de la pérdida de la condición de funcionario o del ejercicio de transferencia a las Comunidades Europeas, podrá ejercitar el derecho de opción a continuar voluntariamente en situación de alta en MUFACE. En el caso de que el derecho de opción no fuera ejercitado en plazo, el interesado causará baja en MUFACE con efectos de la fecha de los actos administrativos correspondientes (art. 10.3 RGMA), sin que pueda instar ni recuperar la condición de mutualista con carácter voluntario (art. 10.4 RGMA). Este derecho de opción no podrá ser ejercitado, sin embargo, por aquellos funcionarios que pasen a excedencia voluntaria como consecuencia del cambio a otro cuerpo o escala de la AGE incluido dentro del ámbito de aplicación del REFCE.

### 4. COTIZACIÓN

#### A) *Obligación de cotizar*

La cotización a MUFACE será obligatoria para todos los mutualistas (arts. 10.1 RDLFCE y 22.1 RGMA). La cotización comprende dos aportaciones: la cuota individual correspondiente a cada mutualista y la aportación del Estado (art. 22.2 RGMA).

#### B) *Sujetos obligados y excluidos*

Están obligados a cotizar a MUFACE los mutualistas en alta comprendidos en su campo de aplicación y que se hallen en situación de servicio activo, servicios especiales, servicios en CCAA, expectativa de destino, excedencia forzosa y suspensión provisional o firme de funciones (art. 23.1 RGMA). También están obligados a cotizar los que voluntariamente estén en situación de alta en MUFACE (art. 22.3 RGMA).

Por el contrario, están exceptuados de la obligación de cotizar los mutualistas jubilados y los funcionarios que se encuentren en la situación de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares (arts. 10.1 RDLFCE y 22.2 RGMA).

#### C) *Nacimiento, duración y extinción*

La obligación de cotizar nace desde la fecha de alta del funcionario en la mutualidad (art. 24.1 RGMA).

La obligación de cotizar se mantendrá durante todo el período en que el funcionario esté en alta, salvo en los casos de jubilación y en los de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares que como hemos visto están exceptuados de dicha obligación (art. 24. 2 RGMA).

Por su parte, la obligación de cotizar se extinguirá por la baja del funcionario en la mutualidad (art. 24.2 RGMA).

En el supuesto de que la comunicación del alta o de la baja se realicen fuera de plazo los efectos de la cotización se retrotraerán a la fecha en que se hayan producido los supuestos determinantes de aquéllas (art. 24.3 RGMA) y la cotización de los mutualistas voluntarios retrotraerá sus efectos al día siguiente al de la fecha de baja como mutualistas obligatorios (art. 24.4 RGMA).

#### *D) Contenido de la obligación de cotizar*

La cuota expresa el importe de la obligación de cotizar a MUFACE durante el período de liquidación y al igual que en el Régimen General, dicha cantidad resulta de la operación de aplicar el tipo de cotización a la base de cotización, ya sea total o reducida (art. 25.1 RGMA).

La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos (art. 10.2 RDLFCE). El tipo porcentual de cotización será fijado en la LPGE para cada ejercicio económico (art. 10.3 RDLFCE) y la cuota mensual de cotización se obtendrá dividiendo por catorce la cantidad resultante de aplicar a la base de cotización anual, reducida en su caso, el tipo porcentual establecido y se abonará doblemente en los meses de junio y diciembre.

La cotización será mensual para los mutualistas en alta y su devengo tendrá lugar el último día de cada mes, salvo en el caso de baja del mutualista —exceptuado el fallecimiento— en que la cotización se producirá en la fecha de efectos de la baja (art. 25.2 RGMA).

Para el cálculo de la cotización mensual se tendrán en cuenta las siguientes reglas (art. 25.3 RGMA):

- En el supuesto de funcionarios que presten servicios en régimen de jornada reducida, por tiempo no inferior a un año, la cuota mensual se reducirá en la misma proporción que las retribuciones, desde la misma fecha de efectos en que se produzca la reducción.
- La cuota del mes en que el funcionario cause alta obligatoria o baja, excepto en caso de fallecimiento, se calcularán por días. Igual criterio se adoptará para los mutualistas que pasen a la situación de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares o, que pasen desde dicha situación a otra con obligación de cotizar.
- Los funcionarios en prácticas que ya estuvieran de alta en MUFACE podrán elegir como base de cotización la correspondiente a las retribuciones del anterior o las del nuevo cuerpo.

Además del régimen de cotización que se acaba de exponer, que es el general, al que están sometidos los mutualistas obligatorios cuyas habilitaciones u oficinas pagadoras retienen de su nómina el importe de la cuota de la mutualidad (art. 27.1 RGMA), en MUFACE existe otro régimen de cotización singular, al que están sometidos los mutualistas obligatorios en alta en situación de servicios especiales y los mutualistas que soliciten el mantenimiento facultativo del alta, los cuales se pagan directamente las cuotas (art. 28 RGMA).

Respecto a los mutualistas que soliciten el mantenimiento facultativo del alta, el pago de la cuota se realizará a partir del hecho causante e incluirá la cotización correspondiente al mutualista y la aportación del Estado (art. 29 RGMA), prorrateándose en cada liquidación la parte de la cuota correspondiente a las pagas extraordinarias (art. 25.5 RGMA).

## 5. ACCIÓN PROTECTORA

Como ya se ha expuesto, existe un doble mecanismo protector para los funcionarios de la Administración Civil del Estado ingresados antes de 1-1-2011: el sistema de derechos pasivos y el Mutualismo Administrativo. Por el contrario, los funcionarios ingresados a partir de dicha fecha tienen la protección del Régimen General de la Seguridad Social en lugar de las clases pasivas.

### A) Sistema de derechos pasivos

Los funcionarios de la Administración Civil del Estado ingresados con anterioridad al 1-1-2011 se seguirán rigiendo por el régimen de clases pasivas del Estado respecto a los derechos pasivos causados y los que de futuro puedan causar (Disp. Trans. 4.ª RDL 13/2010, de 3 de diciembre), mientras que los ingresados con posterioridad a dicha fecha están obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre).

La cobertura de este régimen comprende la pensión de jubilación, así como las pensiones a favor de los familiares (viudedad, orfandad o a favor de los padres del funcionario fallecido). Dentro de estas pensiones distinguiremos entre las ordinarias y las extraordinarias, según que el hecho causante sea común o como consecuencia de actos de servicio. En todo caso su gestión corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y su financiación corre a cargo del PGE, además de la aportación mensual del funcionario.

Estas pensiones se revalorizarán en los términos establecidos en la LPGE para cada año y tendrán los límites máximos y los complementos mínimos que se establezcan igualmente en la referida LPGE.

#### a) Pensión ordinaria de jubilación

La pensión ordinaria de jubilación se puede causar de tres maneras (art. 28.2 TRLCPE):

- De carácter forzoso, que se declarara automáticamente al cumplir dicho personal la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro.
- De carácter voluntario, que se declarará a instancia de parte, siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado.
- Por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda.

Para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación es preciso haber completado quince años de servicios efectivos al Estado (art. 29 TRLCPE). No obstante, si al cumplir la edad para su jubilación el funcionario tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado y no hubiera completado los quince que, como mínimo, se exigen podrá solicitar prórroga en el servicio activo del órgano competente para acordar su jubilación, prórroga que comprenderá exclusivamente el período temporal que le falte para cubrir el de carencia antes mencionado, y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio [art. 28.2.a) TRLCPE].

Los haberes reguladores para la determinación de las pensiones de clases pasivas se establecerán en la LPGE para cada ejercicio económico (art. 30.1 -TRLCPE) sobre los que se aplicará un porcentaje en función de los años completos de servicios efectivos al Estado que tuviera reconocidos el funcionario (art. 31 TRLCPE).

También está prevista la jubilación diferida (Disp. Adic. 17ª TRLCPE), como en el Régimen General (art. 210.2 TRLGSS) cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la de jubila-

ción, en cuyo caso se reconocerá al interesado un porcentaje adicional a su pensión en función de los años cotizados.

Por último, apuntar que la pensión ordinaria de jubilación es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público por parte de sus titulares, salvo que se trate de profesor universitario emérito (art. 33.1 TRLCPE y art. 1.1 y Disp. Adic. 9.<sup>a</sup> Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) y que asimismo, el percibo de las pensiones de jubilación es incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. No obstante, para las pensiones de jubilación que se causen o hayan causado a partir de 1 de enero de 2009, existirá compatibilidad entre su percibo y el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social cuando la edad de acceso a la pensión de jubilación sea la establecida como edad de jubilación forzosa y cuando el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión sea del 100 por 100. En caso de desempeñar una actividad compatible, la cuantía de la pensión será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, sin perjuicio de que se revalorice en su integridad en los mismos términos que las pensiones del régimen de Clases Pasivas, aunque el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por 100 (art. 33.2 TRLCPE).

Asimismo, el percibo de la pensión de jubilación por IP para el servicio será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. No obstante, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado, en cuyo caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75 por 100 de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado, o al 55 por 100 si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación (art. 33.3 TRLCPE).

Por último, apuntar que se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias de pensiones de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad o viudedad que se causen a partir del 1 de enero de 2016 en el Régimen de Clases Pasivas del Estado (Disp. Adic. 18.<sup>a</sup> TRLCPE).

#### b) Pensiones ordinarias a favor de familiares

El derecho a las pensiones a favor de familiares se causará con el fallecimiento del mutualista, independientemente de cual sea su sexo (arts. 34.1 y 36 TRLCPE), no exigiéndose ningún período mínimo de prestación de servicios efectivos al Estado por parte del causante (art. 35 TRLCPE).

Las pensiones ordinarias a favor de familiares son la pensión de viudedad, la de orfandad y las pensiones a favor de los padres.

- Tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos, aplicándose las mismas reglas que en el Régimen General para los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial y fallecimientos por enfermedad causados con anterioridad al año de contraer matrimonio (art. 38 TRLCPE). También tiene derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad e incluso, se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la

- prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente (art. 38.4 TRLCPE). Para el cálculo de la pensión, a la base reguladora que será idéntica a la de la pensión de jubilación del fallecido (art. 39.1 TRLCPE) se le aplicará un porcentaje fijo del 50 por 100 (art. 39.3 TRLCPE).
- Tienen derecho a pensión de orfandad los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años, así como los que estuvieran incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante (art. 41.1 TRLCPE). Ahora bien, en el supuesto de que el huérfano no realizara un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del SMI, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de veintidós años o de veinticuatro si, en ese momento o antes del cumplimiento de los veintiún años, o en su caso de los veintidós, no sobreviviera ninguno de los padres o el huérfano presentara una discapacidad igual o superior al 33 por 100. En este caso, la pensión se extinguirá cuando el titular cumpla los veinticuatro años de edad, salvo que estuviera cursando estudios, manteniéndose en estos supuestos la percepción de la pensión de orfandad hasta el día primero del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico (art. 41.2 TRLCPE). La base reguladora de la pensión de orfandad será la misma que la de la pensión de jubilación (art. 42.1 TRLCPE) a la que se aplicarán los porcentajes fijos siguientes: un 25 por 100, en el supuesto de que existiera sólo un hijo con derecho a pensión; 10 por 100, en el supuesto de que existieran varios hijos con derecho a pensión, aunque en este caso, las pensiones resultantes se incrementarán en la suma que arroje el prorrateo por cabeza de un único 15 por 100 de la base reguladora (art. 42.2 TRLCPE).
  - Tienen derecho a la pensión a favor de padres, el padre y la madre del causante de los derechos pasivos, siempre que aquéllos dependan económicamente de éste al momento de su fallecimiento y no exista cónyuge supérstite ni hijos del fallecido con derecho a pensión (art. 44.1 TRLCPE). La base reguladora de la pensión en favor de los padres será la misma que la de la pensión de jubilación del causante (art. 45.1 TRLCPE) a la que se aplicará un porcentaje fijo del 15 por 100 para la determinación de cada una de las pensiones (art. 45.2 TRLCPE).

### c) Pensiones extraordinarias

Las pensiones extraordinarias son las causadas por accidente o enfermedad en un acto de servicio o como consecuencia del mismo, presumiéndose el acto de servicio cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo (art. 47.4 TRLCPE).

Tienen derecho a la pensión extraordinaria de jubilación los funcionarios a los que se les reconozca una incapacidad permanente para el servicio, siempre que la misma se produzca por accidente o enfermedad ya sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo (art. 47.2 TRLCPE), sin que se exija ningún período mínimo de prestación de servicios al Estado (art. 48.1 TRLPCE). Por su parte, tienen derecho a las pensiones extraordinarias en favor de familiares, al cónyuge supérstite, huérfano, padre y madre del funcionario fallecido en acto de servicio o como consecuencia del mismo, sea por enfermedad o accidente (art. 47.3 TRLCPE), sin que tampoco se exija que el causante de los derechos hubiera completado un período mínimo de servicios (art. 48.2 TRLCPE). No obstante, si la pensión extraordinaria estuviera originada como consecuencia de un acto de terrorismo, tendrán derecho a pensión de orfandad los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintitrés años, así como los que estuvieran incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante, pudiéndose prorrogar hasta los veinticuatro años el disfrute de la pensión de orfandad en el



caso de que en la fecha del fallecimiento del causante o antes del cumplimiento de los veintitrés el hijo se encontrase en situación de orfandad absoluta (art. 48.3 TRLCPE).

El cálculo de la pensión extraordinaria de jubilación se realizará de idéntica forma a lo expuesto para la pensión ordinaria de jubilación, con dos particularidades: la primera, es que se considerarán como de servicios efectivos prestados los años completos que le faltaran al funcionario para alcanzar la correspondiente edad de jubilación y la segunda, es que el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200 por 100 (art. 49.1 TRLCPE). Igualmente, las pensiones extraordinarias a favor de familiares del funcionario fallecido se calcularán de idéntica forma a las pensiones ordinarias a favor de familiares, con las dos particularidades expuestas para la pensión extraordinaria de jubilación (art. 49.2 TRLCPE).

Por último, apuntar que si las pensiones extraordinarias tiene su origen en un acto de terrorismo, la cuantía de las mismas en favor del propio causante será del 200 por 100 del haber regulador correspondiente y en favor de sus familiares será del 200 por 100 de la pensión de jubilación o retiro que se hubiera señalado en circunstancias ordinarias al causante con arreglo a las normas de este texto (art. 49.3 TRLCPE), sin que se les apliquen los límites en el crecimiento y señalamiento inicial de pensiones que se determinen para cada año en la correspondiente LPGE (art. 50.2 TRLCPE).

### *B) Sistema de mutualismo administrativo*

Las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas o sus beneficiarios son las siguientes: asistencia sanitaria, subsidios por IT, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves, prestaciones recuperadoras por IP total, absoluta y gran invalidez, prestaciones para la remuneración de la persona encargada de la asistencia del gran inválido, indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él, servicios sociales, asistencia social, prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido y ayudas económicas en los casos de parto múltiple (arts. 12 RDLFCE y 47 RGMA).

Las prestaciones son complementarias del sistema de clases pasivas, salvo en materia de asistencia sanitaria. Son dispensadas por MUFACE y se financian con las cuotas de cada mutualista y las aportaciones del Estado. Las contingencias protegidas se identifican con las del Régimen General, incluidas las prestaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves, excepto la prestación de desempleo a la que los funcionarios no tienen derecho como consecuencia de que gozan de estabilidad en el empleo.

Las peculiaridades de las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas o sus beneficiarios son las siguientes.

#### *a) Asistencia sanitaria*

La asistencia sanitaria se dispensará a todos los mutualistas incluidos en el ámbito de aplicación de este Régimen especial y jubilados mutualistas, así como a los beneficiarios de ambos (arts. 15.1 RDLFCE y 67 RGMA) y se prestará directamente por MUFACE o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. En el supuesto de que el beneficiario por decisión propia o de sus familiares utilice servicios médicos distintos de los que se le haya asignado MUFACE no se hará cargo de los mismos (art. 17 RDLFCE).

El derecho a la asistencia sanitaria no está condicionado a la existencia de un período de carencia, ya que nace y produce sus efectos desde el día de la afiliación o alta, tanto para el titular como para sus familiares o asimilados beneficiarios, salvo que su inclusión como beneficiarios se produzca en un momento

posterior, en cuyo caso efectividad del derecho a la asistencia sanitaria se producirá en la fecha de solicitud de reconocimiento de su condición de beneficiarios, salvo en el caso del recién nacido cuando la madre sea mutualista o beneficiaria y en los supuestos de adopción o acogimiento, durante los primeros quince días desde el momento del parto, desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento o desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art 15.3 RDLFCE).

El contenido de la asistencia sanitaria es análogo al establecido para los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud (art. 16 RDLFCE) y la prestación farmacéutica será gratuita en los tratamientos que se realicen en los establecimientos sanitarios y en aquellos tratamientos que tengan su origen en accidente en acto de servicio o enfermedad profesional (art. 82.1 RDLFCE). En los demás casos, los beneficiarios participarán mediante el pago de un 30 por 100 del precio de venta al público de los medicamentos y demás productos sanitarios (art. 82.2 RDLFCE).

#### b) Incapacidad temporal

Los funcionarios incluidos en el campo de aplicación del REFCE que se encuentren en situación de IT por contingencias comunes, percibirán (art. 9.3 RDL-MESFO):

- El 50 por 100 de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal.
- Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el 75 por 100 de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso.
- A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.
- A partir del día nonagésimo primero, el funcionario percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por IT a cargo de la MUFACE, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia (art. 21 RDLFCE).

Son beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal los funcionarios mutualistas que, encontrándose en dicha situación, tengan acreditado un período de cotización de seis meses, salvo que tengan cubierta esta contingencia por otro régimen de Seguridad Social, organismo o institución, por la misma relación de servicios (art. 95.1 RGMA).

En el supuesto de que la situación de IT derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el 100 por 100 de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad (art. 9.3 RDL-MESFO).

En esta prestación se ha producido una modificación importante como consecuencia de la drástica reducción del gasto público y de la lucha contra el absentismo en el sector público, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del RDL-MESFO los funcionarios en situación de IT percibían durante los primeros tres meses, la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias como si no se encontrase en situación de IT. Este cambio normativo indudablemente supone una regresión en los derechos de los funcionarios, sin que pueda ser justificado por los abusos cometidos, que se podían haber corregido de otro modo, ni por la situación del grave déficit económico, ya que tradicionalmente los derechos sociales de los funcionarios se han conseguido a costa de los derechos económicos.

c) Riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia

Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses tendrán la misma consideración que la situación de IT derivada de enfermedad profesional, por lo que no requerirán de período de carencia y sus contenidos asistenciales serán los previstos para esta situación.

Durante la situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia se percibirá una prestación económica equivalente a un subsidio a cargo de MUFACE en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia (art. 22.4 RDLFCE).

d) Incapacidad permanente

La declaración del funcionario en situación de IP parcial dará lugar a la percepción de la totalidad de los haberes que correspondan al puesto de trabajo que efectivamente desempeñe (art. 24 RDLFCE). Por su parte, la IP total y la IP absoluta darán lugar a la jubilación del funcionario de acuerdo con la legislación en vigor (art. 25 RDLFCE).

e) Protección a la familia

MUFACE, en el ámbito de protección a la familia, otorgará las siguientes prestaciones: las prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido, que serán de pago periódico y en idénticas condiciones que en el Régimen General, y las ayudas económicas en los casos de parto múltiple, de pago único, que consistirán en un subsidio especial por maternidad y en una prestación económica (art. 118 RGMA).

En caso de parto podrá ser beneficiario tanto la madre como el padre, de acuerdo con la opción escogida por la madre, siempre que ambos progenitores sean mutualistas y hayan completado un período mínimo de cotización a MUFACE de seis meses, con carácter previo a la ocurrencia del hecho causante (art. 121.1 RGMA).

La cuantía del subsidio será el 100 por 100 de la base de cotización a la Mutualidad General que corresponda al día del hecho causante, aplicada al período de seis semanas de descanso obligatorio y calculada en función del número de hijos habidos en el mismo parto o de adoptados o acogidos simultáneamente, a partir del segundo (art. 122 RGMA).

La cuantía de la prestación económica por parto múltiple se determinará de la siguiente forma: por dos hijos nacidos el importe será el resultado de multiplicar por cuatro el SMI mensual; por tres hijos nacidos el importe de multiplicar por 8 el SMI mensual y por cuatro o más hijos el importe de multiplicar por 12 el SMI (art. 125 RGMA).

f) Servicios Sociales y Asistencia Social

Se entiende por servicios sociales el conjunto de medidas protectoras de este régimen especial que atienden situaciones ordinarias de necesidad no cubiertas por otras prestaciones. Dichas medidas protectoras incluirán, entre otras, los siguientes servicios sociales: acción formativa, asistencia al pensionista, prestaciones por fallecimiento y programas sociosanitarios (art. 129 RGMA).

La asistencia social consistirá en la prestación por MUFACE de los servicios y auxilios económicos que se consideren precisos para atender los estados y situaciones de necesidad en que puedan encontrarse: los causantes a los que se dispensen tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo, cuando no estén cubiertos por la prestación de asistencia sanitaria; las determinadas por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en supuestos concretos; las debidas a gastos de carácter urgente en casos de importancia extraordinaria debidamente justificados (art. 137 RGMA).

### III. RÉGIMEN ESPECIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El REFAJ se encuentra regulado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (RDLFAJ), el cual ha sido desarrollado por Real Decreto 1.026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial (RJM).

#### I. MECANISMOS DE COBERTURA

Este Régimen especial al igual que el de Funcionarios de la Administración Civil del Estado queda integrado por los siguientes mecanismos de cobertura: El Régimen de Clases Pasivas del Estado, que se rige por sus normas específicas y el Mutualismo Judicial (arts. 3 RDLFAJ y 2 RJM).

No obstante, los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia ingresados a partir de 1-1-2011 quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, a los efectos de clases pasivas, siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de esa fecha (art. 2.2 RJM y art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre).

Respecto a la cobertura por el Régimen de Clases Pasivas del Estado rige, sin excepción, lo ya expuesto para los funcionarios civiles del Estado.

Por lo que respecta al régimen del mutualismo judicial cubre las siguientes contingencias: asistencia sanitaria; IT, cualquiera que sea su origen; prestaciones recuperadoras de IP cualquiera que sea su origen y cargas familiares (arts. 11 y 12 RDLFAJ y 45 y 46 RMJ) y se gestiona y presta a través de MUGEJU, la cual está adscrita al Ministerio de Justicia (art. 4.1 RDLFAJ), y tiene la consideración de organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y se regirá por las previsiones de la LOFAGE, relativas a los Organismos autónomos, salvo en lo que afecta al régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el de intervención y control financiero de las prestaciones y el régimen de los conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica que se regirá por su legislación específica, por la LGPE en las materias que sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. Asimismo, la Mutualidad General Judicial gozará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado (art. 5 RDLFAJ).

#### 2. ÁMBITO SUBJETIVO

Quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Mutualismo judicial (arts. 3 RMJ y 9 RDLFAJ):

- Los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, los funcionarios de carrera del Cuerpo de Secretarios Judiciales, de Médicos Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial, así como de los restantes Cuerpos y Escalas al servicio de la Administración de Justicia, cualquiera que fuese su lugar de destino y la Administración Pública que, en su caso, tenga asumida su gestión.
- Los funcionarios en prácticas, aspirantes al ingreso en las Carreras y Cuerpos citados.
- Los Letrados de carrera que integran el Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional.
- Los miembros de los Cuerpos profesionales extinguidos o integrados que conserven el derecho a pertenecer a MUGEJU.
- El personal al servicio de la Administración de Justicia que pase a desempeñar o ejercer funciones como suplente, sustituto o interino en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de

Secretarios Judiciales o en los demás Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia mantendrá su inclusión obligatoria en el campo de aplicación del mutualismo judicial.

También están incluidos dentro del campo de aplicación del mutualismo judicial el personal referido anteriormente, cuando se encuentren en situación de excedencia forzosa, excedencia para cuidado de hijos, servicios especiales o suspensión de haberes (arts. 2 y 9.1 RDLFAJ), así como los jubilados (art. 9.2 RDLFAJ) y las viudas, viudos y huérfanos de mutualistas a efectos de las prestaciones de asistencia sanitaria y servicios sociales cuando no tengan derecho por sí mismos a equivalente cobertura (art. 9.5 RDLFAJ). Y, por último, quedarán igualmente incluidos en el campo de aplicación de este REFAJ los que pierdan la condición de funcionario o se encuentren en situación de excedencia voluntaria, salvo lo previsto para el cuidado de hijos, siempre que satisfagan, a su cargo, las cuotas y la aportación del Estado (art. 9.3 RDLFAJ).

Asimismo, estarán incluidos en el REFAJ con la condición de beneficiarios los familiares o asimilados a cargo de un mutualista que vivan con el titular del derecho y a sus expensas, que no perciban ingresos superiores al doble del IPREM y que no tengan cobertura a través de cualquiera de los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social (art. 14.2 RMJ). Estos familiares o asimilados son los siguientes (art. 14.1 RMJ):

- ♦ El cónyuge del mutualista, así como la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- ♦ Los descendientes, hijos adoptivos y hermanos. Los descendientes e hijos adoptivos podrán serlo de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, y los hijos también de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Excepcionalmente, los acogidos de hecho quedan asimilados, a estos efectos, a los familiares mencionados, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad General.
- ♦ Los ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.
- ♦ Cualquiera otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social.

En caso de fallecimiento del mutualista, serán beneficiarios de MUGEJU en condición de mutualista por derecho derivado, los viudos y viudas, los huérfanos y huérfanas de mutualistas, activos y jubilados. A tal efecto, se consideran asimilados a los viudos y viudas los convivientes o quienes perciban pensión de viudedad de Clases Pasivas por haber sido cónyuges de mutualistas incluidos en el campo de aplicación del Mutualismo Judicial y se considerarán equiparados al huérfano el hijo menor de edad o mayor incapacitado que haya sido abandonado por padre o madre mutualista, siempre que cumplan los requisitos señalados en el párrafo anterior (art. 15.1 RMJ). Igualmente, podrán conservar la condición de beneficiario de MUGEJU, el cónyuge que viva separado de un mutualista en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto por divorcio, y los hijos que convivan con aquél (art. 15.2 RMJ).

### 3. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

#### A) Incorporación a MUGEJU

La incorporación a MUGEJU será obligatoria para el personal incluido en su campo de aplicación desde el momento de la toma de posesión en la Carrera, Cuerpo o Escala o desde el inicio del período de prácticas. Esta incorporación tiene carácter único y permanente y surtirá efectos en el Sistema de la Seguridad Social (art. 5 RMJ).

La incorporación a MUGEJU se puede llevar a cabo de oficio o a instancia de parte:



- ✦ La actuación de oficio se producirá en el plazo de un mes desde que se formalice la toma de posesión del personal de carrera, el nombramiento de funcionarios en prácticas, así como el cambio de situación administrativa, la jubilación y en general, los actos administrativos que alteren o modifiquen datos referidos a la incorporación a la MUGEJU (art. 6.2 RMJ), entendiéndose referidos a dichas fechas, los derechos y obligaciones respecto a MUGEJU (art. 6.3 RMJ).
- ✦ Los interesados podrán promover directamente ante MUGEJU su incorporación, alta o baja y comunicarán su cambio de situación administrativa o pase a la jubilación en el caso de que, por alguna circunstancia, aquéllas no hayan tenido lugar de oficio dentro del plazo de un mes indicado anteriormente (art. 7.1 RMJ). En todo caso, la incorporación o la continuidad en el alta de los mutualistas voluntarios será promovida directamente ante la Mutualidad por los interesados (art. 7.2 RMJ).

La incorporación a MUGEJU y la condición de afiliado a este Régimen Especial de Seguridad Social se acreditará mediante el correspondiente documento de afiliación, en el que constarán los datos personales y administrativos del mutualista, su número de afiliación, que tiene carácter permanente y propio de este Régimen Especial de Seguridad Social, así como los beneficiarios, en su caso (art. 8 RMJ).

## B) *Altas en MUGEJU*

### a) Alta obligatoria

Estarán en situación de alta obligatoria en MUGEJU los miembros que integran las Carreras, Cuerpos y Escalas a que se ha hecho referencia en su campo de aplicación que se encuentren en servicio activo, desde el momento de la toma de posesión, bien cuando adquieran la condición de funcionarios en prácticas o de funcionarios de carrera, bien cuando sean rehabilitados en dicha condición o reingresen al servicio activo o que pasen a desempeñar destino o ejercer funciones como suplente, sustituto o interino en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales o en los demás Cuerpos de la Administración de Justicia (art. 10.1 RMJ).

También conservarán la condición de mutualista y por lo tanto, en situación de alta obligatoria, con los mismos derechos y obligaciones que en la situación de servicio activo, los miembros de las Carreras, Cuerpos y Escalas incluidos en el campo de aplicación de este REFAJ que se encuentren en situación de servicios especiales, salvo que estén acogidos obligatoriamente al régimen de previsión de la Administración de la UE o de otra organización internacional en la que España sea parte, o hayan ejercitado el derecho de transferencia del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas; excedencia por cuidado de hijos o familiares, y por razón de violencia de género y suspensión provisional o firme de funciones (art. 10.2 RMJ).

Por último, estarán en alta obligatoria en la MUGEJU los miembros jubilados de las Carreras, Cuerpos y Escalas incluidos en el ámbito de aplicación del REFAJ (art. 10.3 RMJ) y los que habiendo perdido la condición de funcionarios, causen pensión de clases pasivas (art. 10.4 RMJ).

### b) Alta voluntaria

Pueden mantener la situación de alta como mutualistas voluntarios, con igualdad de derechos, los miembros de las Carreras, Cuerpos y Escalas que hayan causado baja en la MUGEJU, siempre que abonen la cotización correspondiente al mutualista y la aportación del Estado (art. 11.2 RMJ). Este derecho deberá ser ejercitado por el propio interesado ante MUGEJU, en el plazo de un mes, a partir de la fecha en la que se efectúe la notificación del acuerdo o de la declaración de excedencia voluntaria, de la pérdida de la condición de miembro de las Carreras, Cuerpos y Escalas de la Administración de Justicia, o del ejercicio del derecho de transferencia establecido en el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas (art. 11.3 RMJ).

### C) Bajas en MUGEJU

Causarán baja en MUGEJU los miembros de las Carreras, Cuerpos y Escalas incluidos en el campo de aplicación del REFAJ que pasen a la situación de excedencia voluntaria, salvo las concedidas para cuidado de hijos y de familiares; los que pierdan la condición que da acceso a ser mutualista; los que ejerciten el derecho de transferencia previsto en el Estatuto de los Funcionarios de la Comunidades Europeas y los que dejen de desempeñar destino o ejercer funciones como suplentes, sustitutos o interinos en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales o en los demás Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y no reingresen en el Cuerpo de origen en la Administración de Justicia (art. 11 RMJ).

Las bajas se entenderán referidas a la fecha del hecho causante de ellas, debiendo ser notificadas a los interesados, que podrán impugnarlas ante el órgano que proceda (art. 6.3 RMJ).

## 4. COTIZACIÓN

### A) Obligación de cotizar

La cotización a la MUGEJU será obligatoria para todos los mutualistas excepto para los que se encuentren en situación de excedencia por cuidado de hijos mientras dure dicha situación (art. 10.1 RDLFAJ), comprendiendo dos aportaciones: la cuota individual correspondiente a cada mutualista y la aportación del Estado (art. 21.2 RMJ).

### B) Sujetos obligados y excluidos

Están obligados a cotizar a MUGEJU los mutualistas en alta comprendidos en su campo de aplicación y que se hallen en situación de servicio activo, servicios especiales, suspensión provisional o firme de funciones y el personal al servicio de la Administración de Justicia que pase a desempeñar destino o ejercer funciones como suplente, sustituto o interino en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales o en los demás Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia (art. 22.1 RMJ). También están obligados a cotizar los que voluntariamente estén en situación de alta en MUGEJU (art. 22.3 RMJ).

Por el contrario, están exceptuados de la obligación de cotizar los mutualistas jubilados y los funcionarios que se encuentren en la situación de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares (arts. 10.1 RDLFAJ y 22.2 RMJ).

### C) Nacimiento, duración y extinción

La obligación de cotizar nace desde la fecha de alta del interesado en la mutualidad (art. 23.1 RMJ).

La obligación de cotizar se mantendrá durante todo el período en que el afiliado se encuentre de alta, salvo en los casos de jubilación y en los de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares que como hemos visto están exceptuados de dicha obligación (art. 23.1 RMJ).

Por su parte, la obligación de cotizar se extinguirá por la baja del interesado en la mutualidad (art. 23.1 RMJ).

En el supuesto de que la comunicación del alta o de la baja se realicen fuera de plazo los efectos de la cotización se retrotraerán a la fecha en que se hayan producido los supuestos determinantes de aquéllas (art. 23.1 RMJ) y la cotización de los mutualistas voluntarios retrotraerá sus efectos al día siguiente al de la fecha de baja como mutualistas obligatorios (art. 23.2 RMJ). Por otra parte, la exención de cotización de los mutualistas jubilados tendrá efectos desde el mes siguiente al hecho causante (art. 23.3 RMJ).

#### D) Contenido

La cuota expresa el importe de la obligación de cotizar a MUGEJU durante el período de liquidación y al igual que en el Régimen General, dicha cantidad resulta de la operación de aplicar el tipo de cotización a la base de cotización, ya sea total o reducida (art. 24.1 RMJ).

La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos (art. 10.2 RDLFAJ). Por su parte, el tipo porcentual de cotización será fijado anualmente en la LPGE (art. 10.3 RDLFAJ) y la cuota mensual de cotización se obtendrá dividiendo por catorce la cantidad resultante de aplicar a la base de cotización anual el tipo porcentual establecido, y se abonará doblemente en los meses de junio y diciembre (art. 10.4 RDLFAJ). No obstante, las cuotas correspondientes a los períodos de tiempo en que se disfruten licencias sin derecho a retribución no experimentarán reducción en su cuantía (art. 10.4 RDLFAJ).

La cotización será mensual para los mutualistas en alta y su devengo tendrá lugar el último día de cada mes, y, en caso de baja del mutualista, en la fecha de efectos de ésta, salvo que sea por fallecimiento o jubilación (art. 24.2 RMJ).

Para el cálculo de la cotización mensual se tendrán en cuenta las siguientes reglas (art. 24.4 RMJ):

- ✦ La base reguladora se reducirá en la misma proporción que las retribuciones, con la misma fecha de efectos de la reducción de éstas, en el caso de mutualistas a los que cualquier norma autorice a prestar servicio en régimen de jornada reducida, por tiempo que previsiblemente no haya de ser inferior al año.
- ✦ Las liquidaciones mensuales referidas a los mutualistas en el mes en que causen alta obligatoria y en el de baja como mutualistas obligatorios, siempre que no sea por fallecimiento o jubilación, se calcularán por días. Igual criterio se adoptará para los mutualistas que pasen a la situación de excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares y en el mes en que, desde esa situación, pasen a otra con obligación de cotizar.
- ✦ Se tomará como base de cotización de los miembros de las Carreras, Cuerpos y Escalas de la Administración de Justicia en prácticas que ya tuvieran la condición de mutualista en alta, la correspondiente a la opción ejercida por el mismo de percibir las retribuciones del anterior o de la nueva Carrera, Cuerpo o Escala, según la legislación en materia de retribuciones de dicho personal.

Además del régimen de cotización que se acaba de exponer, que es el general, al que están sometidos los mutualistas obligatorios cuyas oficinas pagadoras o servicios administrativos de las Administraciones Públicas y, en su caso, órganos constitucionales u otros organismos o entidades del sector público a quien corresponda la gestión de dicho personal, retengan de su nómina el importe de la cuota de MUGEJU (art. 26.1 RMJ), existe otro régimen de cotización singular, al que están sometidos los mutualistas obligatorios en alta en situación de servicios especiales y los mutualistas que soliciten el mantenimiento facultativo del alta, los cuales se pagan directamente las cuotas (art. 27.1 RMJ).

Respecto a los mutualistas que soliciten el mantenimiento facultativo del alta, el pago de la cuota se realizará a partir del hecho causante e incluirá la cotización correspondiente al mutualista y la aportación del Estado (art. 28 RMJ).

### 5. ACCIÓN PROTECTORA

En este REFAJ existe, también, un doble mecanismo protector: el sistema de las clases pasivas que es idéntico que el de los funcionarios de la Administración Civil del Estado por lo que vale todo lo dicho al tratar del mismo, y el sistema mutualista.

Las prestaciones que cubre el sistema mutualista a través de MUGEJU son las siguientes: asistencia sanitaria, subsidio por IT, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, cuidado

de menores por cáncer u otras enfermedades graves, prestaciones recuperadoras por IP total, absoluta y gran invalidez y para la retribución del personal encargado de la asistencia del gran inválido, indemnizaciones por lesión, mutilación o deformidad, de carácter definitivo no invalidante, originada por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él, prestaciones sociales y asistencia social, prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido, subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple, prestación económica de pago único por parto múltiple y prestación económica de pago único por nacimiento de hijo (art. 12 RDLFAJ).

Las prestaciones son complementarias del sistema de clases pasivas, salvo en materia de asistencia sanitaria. Son dispensadas por MUGEJU y se financian con las cuotas de cada mutualista y las aportaciones del Estado. Las contingencias protegidas se identifican con las del Régimen General, incluidas las prestaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores por cáncer u otras enfermedades graves, excepto la prestación de desempleo a la que los funcionarios no tienen derecho como consecuencia de que gozan de estabilidad en el empleo.

Las peculiaridades de las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas o sus beneficiarios son las siguientes.

#### *A) Asistencia sanitaria*

La asistencia sanitaria se dispensará a todos los mutualistas incluidos en el ámbito de aplicación de este Régimen especial y jubilados mutualistas, así como a los beneficiarios de ambos (arts. 15.1 RDLFAJ y 63 RMJ) y se prestará directamente por MUGEJU o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados o por concierto con instituciones de la Seguridad Social (art. 17 RDLFAJ).

El derecho a la asistencia sanitaria no está condicionado a la existencia de un período de carencia, ya que nace y produce sus efectos desde el día de la afiliación o alta, tanto para el titular como para sus familiares o asimilados beneficiarios, salvo que su inclusión como beneficiarios se produzca en un momento posterior, en cuyo caso efectividad del derecho a la asistencia sanitaria se producirá en la fecha de solicitud de reconocimiento de su condición de beneficiarios, excepto para los recién nacidos que tendrán derecho a la asistencia sanitaria desde el mismo momento del parto (art. 65.1 RMJ). A tal efecto se equiparan al recién nacido los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, computándose el primer mes, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 65.2 RMJ).

El contenido de la asistencia sanitaria es idéntico al del Régimen General (art. 16 RDLFAJ) y la prestación farmacéutica será gratuita en los tratamientos que se realicen en los establecimientos sanitarios y en aquellos tratamientos que tengan su origen en accidente en acto de servicio o enfermedad profesional (art. 79.1 RDLFAJ). En los demás casos, los beneficiarios participarán mediante el pago de un 30 por 100 del precio de venta al público de los medicamentos y demás productos sanitarios (art. 79.2 RDLFAJ).

#### *B) Incapacidad temporal*

Hasta la entrada en vigor del RDL-MESFO el personal de la Administración de Justicia en situación de IT, venía percibiendo durante los seis primeros meses en dicha situación la totalidad de sus retribuciones [arts. 375.3 LOPJ y 20.1.A) RDLFAJ], y a partir del séptimo mes, percibía las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo y un subsidio por IT a cargo de la MUGEJU, cuya cuantía, fija e invariable mientras durara la incapacidad, sería la mayor de las dos cantidades o el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo y trienios), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia, o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia, aunque la suma de las cantidades anteriores no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia [art. 20.1.B) RDLFAJ].

El RDL-MESFO ha modificado sustancialmente esta prestación, ya que ha derogado de manera expresa el artículo 20.1.A del RDLFAJ (Disp. Derog. Única.5 RDL-MESFO) estableciendo que los integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Secretarios judiciales, así como los Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia incluidos en el campo de aplicación del REFAJ, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibirán (art. 9.4 RDL-MESFO):

- ✦ El 50 por 100 de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como, en su caso, la prestación por hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal.
- ✦ Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el 75 y por 100 de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso.
- ✦ A partir del día vigésimo primero y hasta el día ciento ochenta, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.
- ✦ A partir del día ciento ochenta y uno percibirá las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de MUGEJU, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo y trienios), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia, o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia. La suma de las cantidades anteriores no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia.

Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada desde el primer día, hasta alcanzar como máximo de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad (art. 9.4 RDL-MESFO).

En esta prestación, como ocurría con la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, se ha producido una modificación importante como consecuencia de la drástica reducción del gasto público y de la lucha contra el absentismo en el sector público, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del RDL-MESFO, como se ha dicho, el personal de la Administración de Justicia en situación de IT percibían durante los primeros seis meses, la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias como si no se encontrase en situación de IT.

### *C) Riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia*

Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses tendrán la misma consideración que la situación de IT (art. 93.1 RMJ).

Durante la situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia se percibirá una prestación económica equivalente a un subsidio a cargo de MUGEJU en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia (art. 93.3 RMJ).

### *D) Incapacidad permanente*

El mutualista en activo incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado que, por disminución psicofísica o funcional, quedase incapacitado para el desempeño de la función y pasare a la situación de jubilado, tendrá derecho, hasta que cumpla la edad en que hubiera procedido su jubilación forzosa, a una prestación mensual equivalente al 20 por 100 de las retribuciones básicas ordinarias percibidas el último mes en activo, que se actualizará en igual porcentaje que el que, sucesivamente, se apruebe para las



pensiones de Clases Pasivas del Estado. Se abonarán, anualmente, dos pagas extraordinarias del mismo importe que la prestación mensual que se reconozca, en los meses que se disponga para el personal en activo (art. 94.1 RMJ).

#### *E) Protección a la familia*

MUGEJU, en el ámbito de protección a la familia, otorgará las siguientes prestaciones: las prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido, que serán de pago periódico y en idénticas condiciones que en el Régimen General, y las ayudas económicas en los casos de parto múltiple, de pago único, que consistirán en un subsidio especial por maternidad o paternidad, una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples y una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales y en casos de madres discapacitadas (art. 109 RMJ).

La prestación por hijo a cargo con discapacidad se reconocerá en los mismos términos y condiciones que los previstos para el Régimen General de la Seguridad Social, correspondiendo a MUGEJU, en el ámbito de su colectivo, el reconocimiento del derecho a ella y su gestión (art. 110.1 RMJ).

La cuantía del subsidio especial por maternidad o paternidad consistirá en la cantidad resultante de multiplicar por 42 el haber regulador para la determinación de las pensiones de Clases Pasivas establecido en la LPGE correspondiente al índice multiplicador del cuerpo al que pertenezca el mutualista, dividiendo a su vez ese resultado por 365. El producto se multiplicará por el número de hijos, a partir del segundo que nazcan en un mismo parto o de menores adoptados o acogidos simultáneamente (art. 113 RMJ).

La cuantía de la prestación económica por parto múltiple se determinará de la siguiente forma: por dos hijos nacidos el importe será el resultado de multiplicar por cuatro el SMI mensual; por tres hijos nacidos el importe de multiplicar por 8 el SMI mensual y por cuatro o más hijos el importe de multiplicar por 12 el SMI (art. 116 RMJ).

La prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales y en los casos de madres discapacitadas se reconocerá en los mismos términos y condiciones que los previstos para el Régimen General de la Seguridad Social, correspondiendo a MUGEJU, en el ámbito de su colectivo, el reconocimiento del derecho a la misma y su gestión (art. 118 RMJ).

#### *F) Servicios Sociales y Asistencia Social*

Se entiende por servicios sociales el conjunto de medidas protectoras de este régimen especial que atienden situaciones ordinarias de necesidad no cubiertas por otras prestaciones. Dichas medidas protectoras incluirán, entre otras, los siguientes servicios sociales: asistencia a jubilados, prestación de ayuda por gastos de sepelio y programas sociosanitarios (art. 102 RMJ).

Asimismo, MUGEJU establecerá un Fondo de Asistencia Social, dentro de sus limitaciones y de las previsiones presupuestarias, que se dedicará a atender aquellas situaciones y estados de necesidad en las que puedan encontrarse los mutualistas o sus beneficiarios, pudiendo ser perceptores de las ayudas los mutualistas titulares y sus beneficiarios (art. 107 RMJ).

### **IV. RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS**

El REFA se encuentra regulado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (TRREFA), el cual ha sido desarrollado por Real Decreto 1.726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RGFA).

## I. MECANISMOS DE COBERTURA

El REFA al igual que los otros dos regímenes de funcionarios que ya han sido estudiados queda integrado por un doble mecanismos de cobertura: El Régimen de Clases Pasivas del Estado, regulado por su normativa específica y el sistema de mutualismo administrativo (art. 2 TRREFA). No obstante, el personal al servicio de las Fuerzas Armadas ingresados a partir de 1-1-2011 quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de esa fecha (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre), habiéndose establecido un procedimiento especial sobre el reconocimiento de las prestaciones de IP y muerte y supervivencia derivado de su inclusión en el RG (Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre).

Respecto a la cobertura por el Régimen de Clases Pasivas del Estado se aplica, sin excepción, lo ya expuesto para los funcionarios civiles del Estado, con la salvedad semántica de que cuando se hablaba de pensión de jubilación debe entenderse pensión de retiro y cuando se hablaba de pensión de incapacidad permanente para el servicio debe entenderse pensión de inutilidad.

Por lo que respecta al régimen del mutualismo cubre las siguientes contingencias: asistencia sanitaria; IT, cualquiera que sea su origen; prestaciones económicas y recuperadoras por inutilidad para el servicio cualquiera que sea su origen y cargas familiares (arts. 8 y 9 TRREFA y 40 y 41 RGFA) y se gestiona y presta a través de ISFAS, el cual está adscrito al Ministerio de Defensa (art. 4 TRREFA), teniendo la consideración de organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y se regirá por las previsiones de la LOFAGE, relativas a los Organismos autónomos, salvo en lo que afecta al régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el de intervención y control financiero de las prestaciones y el régimen de los conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica que se regirá por su legislación específica, por la LGPE en las materias que sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. Asimismo, el ISFAS gozará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado (art. 5 TRREFA).

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA

Quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial los colectivos siguientes: los militares de carrera de las FFAA, los militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las FFAA, los militares profesionales de tropa y marinería, mientras mantengan su relación de servicios con las FFAA, los alumnos de la enseñanza militar de formación, los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho Cuerpo, los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hayan ejercido la opción de incorporarse al -REFCE, así como, en su caso, los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos, el personal regido por el Estatuto de personal del Centro Nacional de Inteligencia (arts. 3.1 TRREFA y 2 RGFA).

También quedan obligatoriamente incluido en el campo de aplicación de este REFA el personal citado anteriormente que pase a retiro o jubilación (art. 3.2 TRREFA) y de manera excepcional y voluntaria podrán quedar incluidos en el campo de aplicación del REFA el personal que pierda la condición de militar o funcionario civil o se encuentre en la situación de excedencia en la que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, y los reservistas de especial disponibilidad, siempre que abonen a su cargo la cuantía íntegra de las cotizaciones a cargo del Estado y de los interesados que fije la LPGE y no estén incluidos en otro régimen de Seguridad Social (art. 3.3 TRREFA). Asimismo, estarán incluidos en el campo de aplicación de este REFA los reservistas voluntarios, durante los períodos de activación para prestar servicios (art. 2.4 RGFA).

Por su parte, quedan excluidos del campo de aplicación del REFA el personal civil, no funcionario, que preste servicios en la Administración militar (art. 3.5 TRREFA).

### 3. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

#### A) Incorporación al ISFAS

La incorporación a este mecanismo de Seguridad Social será obligatoria para todas las personas incluidas en su campo de aplicación y se producirá de oficio o a instancia de parte (arts. 6 TRREFA y 21.1 RGFA).

La incorporación de oficio del personal incluido en el ámbito de aplicación de este REFA, será promovida por los centros, unidades y organismos donde preste servicios el mutualista (art. 22.1 RGFA), excepto para los que se encuentren en situación de servicios especiales (art. 22.2 RGFA).

La incorporación al ISFAS a instancia de parte se producirá en los siguientes supuestos (art. 23.1 RGFA): cuando no hubiera sido promovida de oficio; en la situación de servicios especiales; en la situación de excedencia voluntaria para miembros de la Guardia Civil (art. 83.1 Ley 42/1999); las personas que durante la guerra civil formaron parte de las FFAA y de Orden Público y Cuerpos de Carabineros de la República (Título I de la Ley 37/1984, de 22 de octubre); los viudos y huérfanos de titulares o de personas que hubieran podido serlo y el personal militar retirado y los funcionarios civiles jubilados que perciban pensión de clases pasivas con motivo de los servicios prestados a las FFAA y que no hubieren ejercido en su momento el derecho de incorporación al REFA.

El ISFAS facilitará a las personas que se incorporen al REFA el correspondiente documento de afiliación, en el que figurarán los datos personales de los asegurados y su número de afiliación, que tiene carácter permanente y propio del REFA (art. 24 RGFA).

#### B) Altas, bajas y variaciones

Los centros, unidades y organismos en el que el mutualista preste servicios remitirán al ISFAS en el plazo de un mes las altas que se produzcan, y comunicarán las variaciones que afecten a la situación administrativa de los interesados, siempre que no determinen su baja (art. 25.1 RGFA).

También podrán cursar su alta en el ISFAS de manera voluntaria el personal que pierda la condición de militar o funcionario civil, o de personal estatutario permanente del CNI, o pase a la situación de excedencia en que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, y los reservistas de especial disponibilidad, siempre que no pertenezcan a otro Régimen de Seguridad Social y lo soliciten expresamente en el plazo de 30 días a contar desde la fecha en que sea efectiva la pérdida de aquella condición o el pase a las situaciones citadas, en cuyo caso, deberá abonar tanto las cuotas correspondientes al asegurado como la cuota íntegra de las cotizaciones a cargo del Estado que determine la LGPE (art. 23.4 RGFA).

Las bajas en el REFA de los militares de complemento y de los militares de tropa y marinería profesional, fundadas en la finalización del plazo de duración de su relación de servicios con las FFAA, surtirán efectos desde la fecha en que el cese tenga lugar, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados de continuar incluidos en el ámbito de aplicación de dicho Régimen, de manera voluntaria, con el consiguiente ingreso de las aportaciones propias y las del Estado (art. 25.7 RGFA).

### 4. COTIZACIÓN

La cotización al ISFAS será obligatoria para todas las personas incluidas en su campo de aplicación, excepto para los que se encuentren en la situación de excedencia voluntaria para atender al cuidado de hijos o familiares y los alumnos de la enseñanza militar de formación y los alumnos de los centros docentes de la Guardia Civil, mientras no perciban retribuciones (art. 7.1 TRREFA). También están excluidos de la obligación de cotizar el personal que pase a percibir una pensión de clases pasivas del Estado por razón de retiro o jubilación, los Oficiales Generales en la situación a extinguir de segunda reserva y los viudos y huérfanos (art. 26.2 RGFA).

La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos y para los alumnos que perciban retribuciones referidas a un grupo de clasificación, la base de cotización será el haber regulador que corresponda a su grupo de clasificación (arts. 7.2 TRREFA y 27.1 y 2 RGFA). El tipo porcentual de cotización será fijado anualmente en la LPGE (arts. 7.3 TRREFA y 27.3 RGFA). La cuota mensual de cotización se obtendrá dividiendo por 14 la cantidad resultante de aplicar a la base de cotización anual el tipo porcentual establecido y se deducirá por duplicado en los meses de junio y diciembre (arts. 7.4 TRREFA y 28.1 RGFA). Por su parte, la cotización correspondiente a las pagas extraordinarias, se reducirá, cualquiera que sea la fecha de su devengo, en la misma proporción en que dichas retribuciones resulten minoradas, en atención al tiempo efectivo de servicios prestado en cada caso por los interesados (art. 28.2 RGFA) y las cuotas correspondientes a los períodos de tiempo en que se disfruten licencias sin derecho a retribución, no experimentarán reducción alguna (art. 28.3 RGFA).

Las cuotas individuales se deducirán de forma automática en las correspondientes nóminas (art. 30.1 RGFA) y su abono tendrá lugar, en todo caso, por mensualidades vencidas, y deberá producirse dentro del mes siguiente al de su devengo, sin que se admita el pago fraccionado. Transcurrido este plazo, el obligado al pago incurrirá en mora (art. 30.2 RGFA).

## 5. ACCIÓN PROTECTORA

En este REFA existe, también, un doble mecanismo protector: el sistema de las clases pasivas que es idéntico que el de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, por lo que vale todo lo dicho al tratar del mismo, y el sistema mutualista.

Las prestaciones que cubre el sistema mutualista a través de ISFAS son las siguientes: asistencia sanitaria, subsidio por IT, sólo para los funcionarios civiles; prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio, e indemnización por lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter permanente no invalidantes, servicios sociales y asistencia social, prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido y subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple (arts. 9 y 40 TRREFA).

Además, los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal podrán disfrutar de la prestación de desempleo cuando finalice el compromiso que tengan suscrito o se resuelva el mismo por causas independientes de su voluntad. Esta prestación será compatibles con la asignación de reservista de especial disponibilidad. No obstante, el importe de esa asignación se computará como renta a efectos del subsidio por desempleo (art. 292 TRLGSS).

### A) *Asistencia sanitaria*

La prestación de asistencia sanitaria en el REFA comprende: los servicios de atención primaria, incluida la atención primaria de urgencia en régimen ambulatorio o a domicilio, y la atención especializada, ya sea en régimen ambulatorio u hospitalario y los servicios de urgencia hospitalaria, todos ellos con un contenido análogo al establecido para los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud; la prestación farmacéutica y las prestaciones complementarias (art. 13 TRREFA).

La prestación de asistencia sanitaria se hará efectiva mediante los servicios facultativos, auxiliares y técnico-sanitarios y de hospitalización, propios de este REFA. A tal fin concertará, primordialmente, con la sanidad militar, y con los que sean precisos con la Seguridad Social y con los de otras instituciones públicas y privadas (art. 14.1 TRREFA), sin que el ISFAS esté obligado a abonar los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados (art. 14.2 TRREFA).

### *B) Incapacidad temporal en el caso de funcionarios civiles y personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia*

La contingencia de IT no es de aplicación al personal militar ya que en los supuestos de que el personal militar profesional y de la Guardia Civil padezca insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio se regirán por sus propias leyes reguladoras (art. 21 TRREFA). No obstante, si tendrán derecho a esta prestación los funcionarios civiles incorporados a este REFA, teniendo la consideración de situaciones determinantes de IT para los funcionarios civiles, las de enfermedad, accidente y los denominados períodos de observación en caso de enfermedad profesional (arts. 17 y 18 TRREFA). La cuantía de la prestación será la misma que la de los funcionarios civiles del Estado, ya expuesta cuando estudiamos ese régimen especial.

### *C) Inutilidad para el servicio*

Además de la pensión por jubilación por incapacidad para el servicio a cargo del sistema de clases pasivas el personal militar profesional y de la Guardia Civil y los funcionarios civiles incluidos en el campo de aplicación del REFA que, como consecuencia de enfermedad o accidente, pasen a retiro o jubilación por inutilidad o IP, tendrán derecho a pensión complementaria de inutilidad para el servicio cuando la enfermedad o lesión que motivó el retiro o jubilación les imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, oficio o profesión, siempre que se encuentren en la situación administrativa de servicio activo o servicios especiales o en la situación administrativa de reserva, cuando se ocupe destino asignado por el Ministerio de Defensa o el del Interior (art. 22.1 y 6 TRREFA). Además, causará la prestación de gran invalidez quien, con derecho a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio, acredite que la lesión o enfermedad que originó el retiro por incapacidad le produce pérdidas anatómicas o funcionales que requieran la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida diaria, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 22.2 TRREFA). El importe de la pensión complementaria de inutilidad para el servicio será la diferencia entre la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanentes en el Régimen de Clases Pasivas, computada al año y en su cuantía inicial, y el 100 por 100 del haber regulador anual que haya servido de base para el cálculo de la indicada pensión, aun cuando ésta se haya determinado por el 200 por 100 de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio. La cuantía mínima de la pensión será el 7 por 100 del haber regulador al 100 por 100, y se abonará por meses vencidos y en doce mensualidades (art. 23.1 TRREFA). Por su parte, la cuantía de la prestación de gran invalidez, destinada a remunerar a la persona que atienda al gran inválido, será igual al 50 por 100 de la pensión de retiro o jubilación de clases pasivas, computada al año y en su cuantía inicial, con el límite del 50 por 100 del importe máximo establecido para las pensiones públicas en la fecha de inicio de aquélla (art. 23.2 TRREFA).

### *D) Protección a la familia*

Las prestaciones económicas de protección a la familia a cargo del RGFA son: las ayudas familiares por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad y las ayudas económicas en los supuestos de parto o adopción múltiple, que consistirán en un subsidio especial por maternidad y en una prestación económica de pago único (art. 85 REFA).

La prestación de protección por hijo o menor acogido a cargo que reconoce el REFA consistirá en una asignación económica, fijada anualmente en la LPGE, por cada hijo o menor acogido menor de 18 años que padezca una discapacidad igual o superior al 33 por 100, o mayor de dicha edad, afectado por una discapacidad igual o superior al 65 por 100, siempre que se encuentren a cargo del beneficiario (arts. 88 y 91 RGFA).



Las ayudas económicas en los supuestos de parto o adopción múltiples comprenden dos tipos de prestaciones: un subsidio especial por cada hijo nacido o adoptado en el parto o adopción múltiples, a partir del segundo y una prestación económica de pago único, cuando el número de hijos nacidos o adoptados sea igual o superior a dos (art. 97 RGFA). El subsidio especial por parto múltiple consistirá en un importe equivalente al 100 por 100 de la base de cotización al ISFAS durante las 6 semanas de descanso obligatorio posterior al parto (art. 100.1 RGFA) y la prestación económica de pago único se calculará de la siguiente forma: por dos hijos nacidos el importe será el resultado de multiplicar por cuatro el SMI mensual; por tres hijos nacidos el importe de multiplicar por 8 el SMI mensual y por cuatro o más hijos el importe de multiplicar por 12 el SMI (art. 100.2 RGFA).

### *E) Servicios Sociales y Asistencia Social*

El RGFA podrá extender su acción protectora a la cobertura de aquellos servicios sociales que estén previstos en el Sistema de la Seguridad Social, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que las contingencias que atiendan no estén cubiertas por otras prestaciones (art. 104.1 RGFA), para lo cual el ISFAS podrá suscribir conciertos con los organismos a los que estén adscritos los Servicios Sociales del Régimen General (art. 104.2 RGFA).

La asistencia social tiene por objeto dispensar a los asegurados los servicios y ayudas pecuniarias que se consideren precisos, a fin de paliar los estados y situaciones de necesidad siguientes (art. 106 RGFA): los que puedan afectar a los asegurados mayores de 65 años, en atención a su situación sociofamiliar, al grado de discapacidad, o a su avanzada edad; las intervenciones o tratamientos especiales que únicamente puedan ser realizadas por especialistas muy determinados, así como los que sólo puedan facilitarse en centros asistenciales muy concretos y la adquisición de algún aparato relacionado con la salud que sea imprescindible para el desarrollo de la vida cotidiana, o la necesidad de someterse a determinadas técnicas o tratamientos de idéntica naturaleza, cuyo coste resulte, en ambos casos, extraordinario.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CARACTERIZACIÓN

- ARRIBAS LÓPEZ, J. E.: «El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio y los funcionarios: leña al mono que es de goma», *AJA*, n.º 848/2012.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «Seguridad Social de funcionarios: clases pasivas y mutualidades», en *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 1997.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «Una revisión del régimen jurídico de las pensiones de clases pasivas por jubilación o retiro, con ocasión de la publicación del Real Decreto 710/2009, de 17 de abril», *RAD*, n.º 4/2009. — «Las prestaciones sanitarias del Mutualismo administrativo», *AL*, n.º 43/2002.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009», *AS*, n.º 2/2009.
- MADRID YAGÜE, P., y ZATARAIN DEL VALLE, R.: «La protección social de los funcionarios públicos. La integración de los funcionarios de nuevo ingreso a los efectos de Clases Pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social. El artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo», *REDT*, n.º 154/2012.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso», *AS*, n.º 13/2009.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009», *RMTIN*, n.º 84/2009.

### II Y III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

- BLASCO LAHOZ, J. F.: «Una revisión del régimen jurídico de las pensiones de clases pasivas por jubilación o retiro, con ocasión de la publicación del Real Decreto 710/2009, de 17 de abril», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4/2009. — «Las prestaciones sanitarias del Mutualismo administrativo», *AL*, n.º 43/2002. — «Las prestaciones del mutualismo judicial (RD 1.026/2011, de 15 de julio)», *AS*, n.º 2/2012. — «La protección de incapacidad temporal en el régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia», *RIL* n.º 3/2014.
- COLMEIRO QUERO, A.: «Los Funcionarios de Organismos Autónomos y su encuadramiento en materia de Seguridad Social», *RMTIN*, n.º 84/2009.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «La jubilación parcial de los funcionarios», *AS*, n.º 1/2009.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos», *AL*, n.º 9/2006.
- FERRADANS CARAMÉS, C.: «El derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos», *AS*, n.º 13/2009.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: «La jubilación parcial del personal estatutario», *AS*, n.º 21/2010.
- GUERRERO PADRÓN, T.: «Discriminación indirecta por razón de sexo y cálculo de pensión de funcionarios a tiempo parcial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 617/2004.
- MANZANA LAGUARDA, R.: «La jubilación parcial del funcionario público», *AJA*, n.º 800/2010.
- MARÍN CORREA, J. M.: «Encuadramiento de funcionario en la Seguridad Social», *AL*, n.º 10/2007.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Personal asimilado a funcionario y Seguridad Social», *AL*, n.º 5/2011.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente», *RTSS*, n.º 183/1998.

RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: «Delimitación subjetiva del beneficio de cotizaciones ficticias: ¿inaplicable a los funcionarios interinos?», *AS*, n.º 5/2003.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y OLIVARES FRANCO, F.: «Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE», *Revista de Política Social*, n.º 144/1984.

#### IV. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

DOLZ LAGO, M. J.: «El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Seguridad Social*, n.º 10/1981.

ALONSO, M.: «Alcance y condiciones de la inclusión del personal de Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el Régimen General de la Seguridad Social». *Aranzadi digital* n.º 1/2015.

GRACIA ALEGRÍA, G.: «Pensión de jubilación, hecho causante desde no alta y cómputo del período de prestación de servicio militar a efectos de carencia», *AS*, n.º 7/2009.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Seguridad Social de los militares en activo: el mutualismo administrativo*, Madrid, 2008.

— «Un supuesto especial de compatibilidad de prestaciones: desempleo y pensión de inutilidad para el personal militar», *AS*, n.º 20/2011.

## CAPÍTULO 18.

# SISTEMAS ESPECIALES DE LOS REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se ha visto a lo largo de este curso, el nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social se puede considerar integrado por el Régimen General (Título II TRLGSS) en el que se incluyen obligatoriamente los trabajadores por cuenta ajena o asimilados de la industria, construcción y servicios, los Regímenes Especiales de Seguridad Social (art. 10 TRLGSS) que responden a las singularidades de determinadas actividades profesionales (mar, minería del carbón, autónomos, funcionarios, estudiantes) que requieren una regulación de Seguridad Social distinta a la del Régimen General y los Sistemas Especiales (art. 11 TRLGSS) dentro del Régimen General o de los Regímenes Especiales.

Estos Sistemas Especiales de Seguridad Social se caracterizan básicamente por tener básicamente las mismas prestaciones que el régimen al que pertenecen, pero presentan peculiaridades específicas en materia de encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación.

En el presente capítulo, además de estudiar las características generales comunes a los distintos Sistemas de la Seguridad Social, estudiaremos cada uno de ellos de una forma específica atendiendo a su encuadramiento dentro del Régimen General o del RETA.

Dentro del Régimen General están configurados como Sistemas Especiales de dicho Régimen el de trabajadores por cuenta ajena agrarios, desde 1 de enero de 2012; el de empleados del hogar, también con efectos de 1 de enero de 2012; el de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y fabricación de conservas vegetales; el de manipulación y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación; el de la industria resinera; el de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas, salas de fiesta y otros locales análogos, cantinas de campos de fútbol u otros espectáculos deportivos; el de empresas de estudios de mercados y opinión pública y el de servicios extraordinarios en la hostelería, café, bares y similares.

Dentro del RETA solamente existe un Sistema Especial, el de trabajadores por cuenta propia agrarios, entrado en vigor el 1 de enero de 2008.

## I. CARACTERIZACIÓN

Los Sistemas Especiales de Seguridad Social se caracterizan por las siguientes notas:

- ✦ La especialidad de estos Sistemas radica en que regulan exclusivamente las materias de encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación (art. 11 TRLGSS).

- ✦ Estos Sistemas de Seguridad Social se pueden establecer en el Régimen General o en cualquiera de los RREE en que resulte necesario (art. 11 TRLGSS).
- ✦ En la regulación de tales Sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos (art. 11, *in fine*, TRLGSS).
- ✦ La afiliación, altas, bajas y variaciones de datos relativas a trabajadores incluidos en los Sistemas Especiales de los distintos Regímenes de la Seguridad Social se sujetarán a las formalidades, plazos y demás condiciones establecidas por sus normas específicas (art. 43 RIAAB).
- ✦ En los Sistemas Especiales de Seguridad Social no será de aplicación las normas sobre afiliación y alta previa, sino que se aplicarán los plazos establecidos en sus normas específicas (Disp. Trans. 2.ª RIAAB).
- ✦ La cuantía de la cotización de cada colectivo afectado se llevará a cabo mediante una estimación que aplique a las peculiaridades de la actividad las normas comunes del Régimen de que se trate en materia de tipos, bases de cotización y duración de la obligación de cotizar (art. 72.1.º RGCL).
- ✦ La cuantía de la cuota se determinará periódicamente para adaptarla a las modificaciones que se hayan producido en los tipos y bases de cotización aplicables al Régimen de que se trate, o en los datos en que se haya basado (art. 72.2.º RGCL).
- ✦ En algunos Sistemas Especiales, como en el de frutas y hortalizas y servicios extraordinarios de hostelería, cobran un especial protagonismo las asociaciones provinciales de empresarios del sector, ya que a través de ellas se gestionan los actos instrumentales de encuadramiento.

## II. SISTEMAS ESPECIALES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Hasta el 1 de enero de 2008 todos los Sistemas Especiales de la Seguridad Social estaban configurados dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, a partir de esa fecha existe un Sistema Especial dentro del RETA, el de los trabajadores por cuenta propia agrario. Por otra parte, desde enero de 2012 existen dos nuevos Sistemas Especiales dentro del Régimen General: el de los trabajadores por cuenta ajena agrario y el de empleados del hogar, como consecuencia de la desaparición de los Regímenes Especiales Agrario y de Empleados de hogar. A continuación se va a estudiar las peculiaridades de cada uno de estos Sistemas Especiales, para lo cual se empezará por los de reciente creación debido a su importancia numérica.

### I. SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS

El REA, tras la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA como un Sistema Especial en el año 2008, había quedado formado exclusivamente por los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, lo mismo que ocurría con aquéllos, el TRREA y su desarrollo reglamentario por el RREA ha quedado totalmente obsoleto también para éstos, dado que ya no se adecúa a los cambios laborales, económicos, sociales y demográficos producidos en el sector agrario, con importantes desajustes en la protección social de los trabajadores de este sector económico con respecto a otros trabajadores.

Por otra parte, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales, en base a la Recomendación del Pacto de Toledo de simplificación de los RREE, realizó un diagnóstico de la realidad del sector agrario y articuló un plan de actuaciones paulatinas y progresivas dirigido a modernizar y adecuar el marco de protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, a cuyo fin se acordó su integración en el Régimen General de la



Seguridad Social y la creación, dentro de éste, de un sistema especial que permitiera avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores.

Asimismo, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento el empleo y garantía de pensiones suscrito por el Gobierno y los Agentes Sociales el 2 de febrero de 2011 establece en su cláusula undécima como medida necesaria para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones, la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social.

Como consecuencia del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 y del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento del empleo y garantía de las pensiones, se promulgó la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procedió a la integración del REA en el Régimen General de la Seguridad Social, como un Sistema Especial dentro del mismo. Actualmente, este Sistema Especial se encuentra regulado en el título II TRLGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo (art. 252.2 TRLGSS) con las particularidades establecidas en los artículos 252 a 256 y 286 a 289 del TRLGSS, que ha derogado de manera expresa la Ley 28/2011.

### *A) Ámbito de aplicación*

Se incluyen en este Sistema Especial los trabajadores que realicen labores agrarias, ya sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas, en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios en los términos que reglamentariamente se establezcan. No obstante, no tendrán la consideración de labores agrarias las operaciones de manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano. (art. 252.1 TRLGSS).

### *B) Particularidades en el encuadramiento en el Sistema Especial*

La afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores agrarios por cuenta ajena se tramitarán en los términos, plazos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 254, párrafo 1º TRLGSS).

#### *a) Altas en el Sistema*

La única particularidad que tienen las altas en este Sistema Especial es que si se contrata a trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las 12 horas de dicho día, cuando no haya sido posible formalizarse con anterioridad al inicio de dicha jornada. No obstante, si la jornada de trabajo finaliza antes de las 12 horas, las solicitudes de alta deberán presentarse, antes de la finalización de esa jornada (art. 254, párrafo 2º TRLGSS).

El alta en el Sistema Especial será obligatoria tanto durante los períodos de actividad por la realización de labores agrarias como durante los períodos de inactividad en dichas labores (art. 253.1 TRLGSS). No obstante, para quedar incluido en el Sistema Especial durante los períodos de inactividad será requisito necesario que el trabajador haya realizado un mínimo de 30 jornadas reales en un período continuado de 365 días y que solicite expresamente la inclusión dentro de los tres meses naturales siguientes al de la realización de la última de dichas jornadas, surtiendo efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se haya presentado la solicitud de inclusión (art. 253.2 TRLGSS). A tal efecto, se asimilarán a jornadas reales los días en que los trabajadores se encuentren en las situaciones de IT derivada de contingencias profesionales, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, procedentes de un período de actividad en este Sistema Especial; los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este Sistema Especial, así como los días en que aquéllos se encuentren en alta en algún régimen de la Seguridad Social como consecuencia de programas de fomento de empleo agrario (art. 253.3 TRLGSS).

Para la determinación de los períodos de inactividad se utilizan dos criterios: uno positivo, consistente en que durante el mes natural el número de jornadas reales realizadas por el trabajador sea inferior al 76,67 por 100, y otro negativo, consistente en que no tendrán la consideración de períodos de inactividad, los que se produzcan dentro del mes natural, cuando el trabajador haya prestado servicios para un mismo empresario, un mínimo de 5 jornadas reales semanales (art. 253.1, párrafos 2º y 3º TRLGSS).

En el supuesto de que al trabajador haya causado baja durante los períodos de inactividad por las causas que más abajo se estudiarán, procederá nuevamente su alta en el Sistema Especial cuando se cumplan dos requisitos: que haya realizado un mínimo de 30 jornadas reales dentro del período continuado de 365 días anteriores a la fecha de solicitud, salvo en los supuestos de baja voluntaria por desempeño de otra actividad que dé lugar a su alta en cualquier régimen de la Seguridad Social que no se exigirá tal requisito, siempre que presente la solicitud de alta dentro de los tres meses siguientes a la fecha de los efectos de la baja, y estar al corriente en el ingreso de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad (art. 253.5 TRLGSS).

#### *b) Bajas en el Sistema Especial*

Las bajas en este Sistema Especial durante los períodos de inactividad se podrán producir a solicitud del trabajador o de oficio por la TGSS (art. 253.4 TRLGSS).

En el supuesto de que la baja sea a solicitud del trabajador, sus efectos se producirán desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquélla ante la TGSS.

Por su parte, la TGSS cursará de oficio la baja, en los siguientes supuestos:

- Cuando el trabajador no realice un mínimo de 30 jornadas de labores agrarias en un período continuado de 365 días, computados desde el siguiente a aquel en que finalice el período anterior. Los efectos de la baja, tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la notificación de la resolución por la que se acuerde aquélla.
- Por falta de abono de las cuotas correspondientes a períodos de inactividad durante dos mensualidades consecutivas. Los efectos de la baja tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente a la segunda mensualidad no ingresada, salvo que el trabajador se encuentre, en esa fecha, en situación de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, en que los efectos tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente a aquel en que finalice la percepción de la correspondiente prestación económica, de no haberse abonado antes las cuotas debidas.

En el supuesto de que los períodos de inactividad se intercalasen con nuevos períodos de actividad en labores agrarias, los trabajadores serán dados de alta y baja en el Sistema Especial durante los días en que presten servicios (art. 253.4 in fine TRLGSS).

#### *C) Particularidades en la cotización*

La cotización en este Sistema Especial tiene como particularidad en que se distingue entre los períodos de actividad de los trabajadores y los períodos de inactividad de los mismos (art. 253.1 TRLGSS).

##### *a) Cotización durante los períodos de actividad*

Durante los períodos de actividad la cotización de los trabajadores agrarios que tengan contratos indefinidos se efectuará obligatoriamente por la modalidad de bases mensuales, mientras que la cotización de los trabajadores agrarios con contrato de fijo discontinuo se podrá efectuar, a opción del empresario, por bases diarias en función de las jornadas realizadas, o por bases mensuales (art. 255.2 TRLGSS). No obstante, cuando se realicen 23 jornadas en un mes se cotizará por bases mensuales.

Las bases de cotización por todas las contingencias y conceptos de recaudación conjunta se determinarán conforme a lo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 255.2.c) y 147 TRLGSS), y cuando la cotización se efectúe por bases diarias, éstas no pueden ser inferiores a la base mínima diaria de cotización establecida en la respectiva LPGE.

Respecto a los tipos de cotización por contingencias comunes, serán los establecidos en la LPGE de cada ejercicio, y por contingencias profesionales, los referidos para cada actividad económica, ocupación, o situación, en la tarifa de primas establecidas legalmente (art. 255.2.d) TRLGSS). No obstante, para los trabajadores incluidos en los grupos de cotización 2 a 11, será del 15,95 por 100 en el año 2012, incrementándose anualmente en 0,45 puntos porcentuales durante el período 2013-2021, en 0,24 puntos porcentuales durante el período 2022-2026 y en 0,48 puntos porcentuales durante el período 2027-2031, alcanzándose en 2031 el tipo del 23,60 por 100 [Disp. Trans. 18ª 1. B) TRLGSS].

Están previstas toda una serie de reducciones en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes, en función de la pertenencia del trabajador a un grupo de cotización [Disp. Trans. 18ª.2.C) TRLGSS]:

- Respecto a los trabajadores incluidos en el grupo 1 de cotización se aplicará, durante el período 2012-2031, una reducción de 8,10 puntos porcentuales de la base de cotización, resultando un tipo efectivo de cotización por contingencias comunes del 15,50 por 100 para dicho período.
- Respecto a los trabajadores incluidos en los grupos de cotización 2 a 11, la reducción se determinará en función de la cuantía de las bases de cotización:
  - Para bases de cotización iguales o inferiores a 986,70 euros mensuales o a 42,90 euros por jornada realizada, las reducciones a aplicar, en puntos porcentuales de la base de cotización, irán según una escala que va desde 6,15 por 100 en 2012 hasta llegar a 8,10 por 100 en 2031.
  - Para bases de cotización superiores a las cuantías indicadas y hasta 1.800 euros mensuales o 78,26 euros por jornada realizada, les será de aplicación, durante el período 2012-2021, el porcentaje resultante de aplicar unas fórmulas matemáticas.

En los períodos de actividad, también se cotizará por la contingencia de desempleo así como al FGS y por Formación Profesional, con arreglo a las bases de cotización por contingencias profesionales (art. 255.e) TRLGSS). Los tipos de cotización aplicables para la contingencia de desempleo serán los vigentes en cada ejercicio según lo establecido en la LPGE, sin que resulte de aplicación el incremento de la cuota empresarial por contingencias comunes que para los contratos de trabajo temporales de duración efectiva inferior a siete días (art. 255.5 TRLGSS). La cotización al FGS irá a cargo exclusivo del empresario y será del 0,10%, y por lo que respecta a la cotización por Formación Profesional será del 0,18 siendo el 0,15 por ciento a cargo del empresario y el 0,03 por ciento a cargo del trabajador (art. 255.2.e) TRLGSS).

Durante los períodos de actividad, el empresario será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, debiendo ingresar en su totalidad tanto las aportaciones propias como las de sus trabajadores, así como comunicar las jornadas reales realizadas por aquéllos, debiendo descontar a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos y si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo. Por su parte, la liquidación e ingreso de las cuotas por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivo del empresario (art. 255.2.a) y 142 TRLGSS).

En el supuesto de que en los períodos de actividad el trabajador por cuenta ajena agrario se encuentre en situación de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, así como de maternidad y paternidad, el empresario deberá ingresar únicamente las aportaciones a su cargo, dado que las aportaciones a cargo del trabajador serán ingresadas por la entidad que efectúe el pago directo de las referidas prestaciones (art. 255.4 TRLGSS) y la cotización se efectuará en función de la modalidad de contratación de los trabajadores (art. Disp. Trans. 18ª.2 TRLGSS):

- Los trabajadores agrarios con contrato indefinido cotizarán según las normas aplicables al Régimen General de la Seguridad Social, aplicándose unas reducciones a la aportación empresarial de 13,20 por 100 de la base de cotización en el año 2012 que se incrementará en 0,45 por 100 durante el período 2013-2021, en 0,24 por 100 en el período 2022-2026 y en 0,48 por 100 en el período 2027-2031 hasta alcanzar un 20,85 por 100 en 2031. En la cotización por desempleo, también existe una reducción en la cuota equivalente a 2,75 puntos porcentuales de la base de cotización.
- Los trabajadores agrarios con contrato temporal y fijo discontinuo, seguirán el mismo sistema de cotización expuesto respecto a los días contratados en los que no hayan podido prestar sus servicios por encontrarse en alguna de las situaciones antes indicadas. Mientras que en los días en que no presten servicios estarán obligados a ingresar la cotización correspondiente a los períodos de inactividad, excepto en los supuestos de percepción de los subsidios por maternidad y paternidad, que tendrán la consideración de períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

Por último, apuntar que la cotización de los trabajadores agrarios con contrato de trabajo a tiempo parcial se llevará a cabo de forma proporcional a la parte de jornada realizada efectivamente, dejándose al desarrollo reglamentario su regulación (Disp. Final 5<sup>a</sup>.2 TRLGSS).

#### *b) Cotización durante los períodos de inactividad*

Durante los períodos de inactividad, la cotización tendrá carácter mensual y correrá a cargo exclusivamente del trabajador, calculándose en la forma que establezca la LPGE. La base de cotización será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 y el trabajador será el responsable de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes. El tipo de cotización aplicable será el 11,50 por 100 [art. 255.3 TRLGSS].

En el período de inactividad, será el propio trabajador el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes (art. 255.3.a) TRLGSS).

#### *D) Particularidades de la acción protectora del Sistema Especial*

Los trabajadores incluidos en este Sistema Especial tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social establecidas en el Régimen General, con las peculiaridades que se señalan a continuación (art. 256.1 TRLGSS).

##### *a) Requisito genérico*

Con carácter general para tener derecho al reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas, será necesario que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables (art. 256.2 TRLGSS).

##### *b) Acción protectora durante los períodos de inactividad*

Durante los períodos de inactividad, la acción protectora del Sistema Especial comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, IP y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación (art. 256.3 TRLGSS).

##### *c) Incapacidad temporal*

Durante la situación de IT derivada de enfermedad común la cuantía de la base reguladora del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los últimos 12 meses anteriores a la baja médica (art. 256.5 TRLGSS).

La prestación económica por IT causada por los trabajadores incluidos en el Sistema Especial será abonada directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado de la misma, a excepción de los supuestos en que aquéllos estén percibiendo la prestación contributiva por desempleo y pasen a la situación de incapacidad temporal (arts. 256.6 TRLGSS).

d) Incapacidad permanente

Para el cálculo de la base reguladora de la pensión de IP derivada de contingencias comunes causada por los trabajadores agrarios por cuenta ajena sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados respecto de los períodos cotizados en este Sistema Especial, sin que se integren las lagunas de cotización como prevé los artículos 197.4 y 209.1.b) TRLGSS (art. 256.7 TRLGSS).

e) Jubilación

Para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación causada por los trabajadores agrarios por cuenta ajena sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados respecto de los períodos cotizados en este Sistema Especial, no siendo de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b) TRLGSS (art. 256.7 TRLGSS).

Además, para el acceso a las modalidades de jubilación anticipada y a efectos de acreditar el requisito del período mínimo de cotización efectiva será necesario que, en los últimos diez años cotizados, al menos seis correspondan a períodos de actividad efectiva en este Sistema Especial. A estos efectos, se computarán también los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este Sistema Especial (art. 256.4 TRLGSS).

Está prevista la compatibilización del percibo de la pensión de jubilación en este Sistema Especial con la realización de labores agrarias de carácter esporádico y ocasional, dejando a la norma reglamentaria su regulación.

f) Desempleo

Por lo que respecta a la prestación de desempleo (art. 256.8 TRLGSS) se distingue entre trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos a los que se aplicará el Título del TRLGSS (art. 286.1.a) TRLGSS); trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales con las peculiaridades reguladas en el artículo 287 TRLGSS y los trabajadores por cuenta ajena eventuales agrarios residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura (art. 288 TRLGSS) que tendrán derecho o bien al subsidio por desempleo (RD 5/1997, de 10 de enero) o a la renta agraria (RD 426/2003, de 11 de abril).

## 2. SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DEL HOGAR

El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social rubricado el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y los Agentes Sociales determina como uno de los principales ámbitos de actuación la racionalización y simplificación de la estructura del Sistema de Seguridad Social.

Por su parte, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento del empleo y garantía de pensiones suscrito por el Gobierno y los Agentes Sociales el 2 de febrero de 2011 fija como medida necesaria para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones, la integración del REEH en el Régimen General de la Seguridad Social (cláusula undécima).

Como consecuencia del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 y del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento del empleo y garantía de las pensiones, la Disposición Adicional 39.<sup>a</sup> LAAMSS, actualmente derogada, integró en el Régimen General el REEH como un Sistema Especial., cuyo régimen jurídico está regulado por el título II TRLGSS y por sus normas de aplicación y desarrollo (art. 250.2 TRLGSS).



### *A) Ámbito de aplicación*

Están incluidos en este sistema especial los trabajadores sujetos a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar a que se refiere el artículo 2.1.b) del TRLET (art. 250.1, párrafo primero TRLGSS).

Por el contrario, están excluidos de este sistema especial los trabajadores que presten servicios domésticos no contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino a través de empresas (art. 250.1, párrafo segundo TRLGSS)

### *B) Inscripción de los empresarios*

A los efectos de este Sistema Especial tienen la consideración de empresario el titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Ahora bien, cuando la prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas (art. 10.1.7.º RIAAB añadido por el art. 2.1.º RDL 29/2012, de 28 de diciembre).

### *C) Peculiaridades en afiliación, altas, bajas y variaciones de datos*

Las peculiaridades que se van a exponer a continuación han sido introducidas por el artículo 2.Cuatro RDL 29/2012, de 28 de diciembre, en el artículo 43.2.º y 3.º RIAAB, y básicamente consisten en considerar como sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, así como de cotización y recaudación, a determinados empleados de hogar incluidos en el Sistema Especial, en el supuesto de que presten sus servicios durante un tiempo inferior a 60 horas mensuales por hogar familiar y lo acuerden así con sus respectivos empleadores, a fin de agilizar y facilitar la realización de tales actuaciones cuando las tareas domésticas se realicen durante un escaso número de horas.

Así, los trabajadores incluidos en este Sistema Especial que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador, deberán formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con tales empleadores. No obstante, estos últimos también podrán presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral.

Asimismo, los trabajadores deberán formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este Sistema Especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar.

Las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por los empleados de hogar que hayan asumido la obligación de formular esos actos de encuadramiento también deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores.

Las variaciones de datos que determinen o permitan un cambio del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere este apartado, y de la consiguiente obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar, surtirán efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se efectúe su comunicación.

En las solicitudes de alta en este Sistema Especial, ya se formulen por el empleador o por el propio empleado de hogar, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas

de trabajo semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada.

#### *D) Cotización al Sistema*

Por lo que respecta a la cotización a este Sistema Especial la principal particularidad consiste en que las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán con arreglo a una escala, en función de la retribución percibida por el empleado del hogar. No obstante, se ha previsto que este régimen transitorio (Disp. Trans. 16<sup>a</sup>.1.a) TRLGSS) concluya en el año 2019 en que las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 TRLGSS, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente. Así, para el año 2013 las bases de cotización están compuestas por ocho tramos que van desde 147,86 euros/mes por retribuciones hasta 172,05 euros/mes, tramo inferior de la escala, hasta 790,65 euros/mes para los que perciban más de 753,01 euros/mes, tramo superior de la escala. Desde el año 2014 hasta el año 2018, las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente el SMI en cada uno de esos años.

Los tipos de cotización por contingencias comunes serán del 22 por 100 (18,30 por 100 a cargo del empleador y 3,70 por 100 a cargo del empleado) en 2012 y se irán incrementando en un 0,90 puntos porcentuales desde 2013 hasta 2018 y a partir de 2019 serán los mismos que los establecidos para el Régimen General. Los tipos de cotización por contingencias profesionales serán los previstos en la tarifa de primas establecida en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> Ley 42/2006, modificada por la Disposición Final 8.<sup>a</sup> LPGE 2010 y por la Disposición Final 17.<sup>a</sup> LPGE 2013 e irán a cargo exclusivamente del empleador (Disp. Trans. 16.1.b) TRLGSS).

Además durante los ejercicios de 2012, 2013 y 2014, estaba prevista la aplicación de una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y que queden incorporadas en el Sistema Especial siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del REEH en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45 por 100 para familias numerosas (Disp. Trans. única LAAMSS). Para el año 2015 estas reducciones han sido prorrogadas (Disp. Adic. 86<sup>a</sup> LPGE 2015) e igualmente para 2016 (Disp. Adic. 87<sup>a</sup> LPGE 2016).

A partir de 1 de abril de 2013 se ha introducido la particularidad de que el empleado de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y que hubiera acordado con este último la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento en este Sistema Especial, será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, debiendo responder el empleador o empleadores subsidiariamente de dicho ingreso, salvo que acrediten la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho. No obstante, en estos casos, el empleador estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales (art. 34 bis.2 RGCL introducido por el art. 3.Dos RDL 29/2012, de 28 de diciembre). Sin embargo, los beneficios en la cotización a que hemos hecho referencia a favor de los empleadores de hogar no resultarán de aplicación en el supuesto en que los empleados de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho Sistema Especial (Disp. Adic. 24<sup>a</sup> TRLGSS).

En el supuesto de que el empleado del hogar que preste servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador se encuentre en situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social a la que corresponda el pago del respectivo subsidio le descontará del mismo el importe de la totalidad de la cotización a la Seguridad Social que proceda en dichas situaciones (art. 34 bis.3 RGCL introducido por el art. 3.Dos RDL 29/2012).

Por último, señalar que otra particularidad de este Sistema Especial en materia de recaudación es que el ingreso de la cotización deberá realizarse obligatoriamente mediante el sistema de domiciliación en cuenta, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social. La modificación de la cuenta en que esté domiciliado el pago de las cuotas de este Sistema Especial tendrá efectos el mismo mes en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 1 y 10 de cada mes, y a partir del mes siguiente a aquel en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 11 y último de cada mes (Disp. Adic. 8.<sup>a</sup> RGR añadida por el art. 4.Tres RDL 29/2012).

### *E) Prestaciones*

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las mismas que en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 251 TRLGSS) con las siguientes particularidades:

- ✦ A las contingencias profesionales no les será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167 TRLGSS.
- ✦ Respecto a la prestación por desempleo, la LAAMSS al igual que el TRLGSS y el extinto REEH no la prevé dentro de la acción protectora, sin embargo deja abierta la puerta a iniciativas que puedan establecerse con respecto en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
- ✦ El subsidio por IT en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive. El pago del subsidio de IT se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
- ✦ Las bases reguladoras de la pensiones de IP derivada de contingencias comunes y de jubilación se calcularán desde el año 2012 al 2018 en función de los períodos realmente cotizados, sin que resulte de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b) TRLGSS, lo cual quiere decir que a partir de 2019 sí que serán aplicables las reglas de integración de lagunas.
- ✦ Los trabajadores contratados a tiempo parcial a los efectos de acreditación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, IP, muerte y supervivencia, IT, maternidad y paternidad, se computaran los días teóricos resultado de dividir las horas efectivamente trabajadas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la LPGE correspondiente a cada uno de los ejercicios.

### **3. SISTEMA ESPECIAL DE MANIPULACIÓN, ENVASADO Y COMERCIALIZACIÓN DE FRUTAS Y HORTALIZAS Y FABRICACIÓN DE CONSERVAS VEGETALES**

Este Sistema Especial tiene su fundamento en el artículo 11 TRLGSS y está regulado por la OM de 30 de mayo de 1991, la cual establece las peculiaridades propias aplicables a estas actividades económicas en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación, adaptándose de esta manera a las importantes modificaciones habidas tanto en los procesos productivos de este sector como en el ámbito de la gestión de la Seguridad Social.

### A) *Ámbito de aplicación del Sistema Especial*

Las normas reguladoras de este Sistema Especial serán de aplicación a las empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales (art. 1 OM 30-5-1991) y a los trabajadores de las empresas mencionadas, cualquiera que sea la duración prevista de sus contratos laborales, y siempre que sus actividades se realicen de manera intermitente o cíclica (art. 2 OM 30-5-1991). El ámbito territorial se extenderá a todo el territorio del Estado (art. 3 OM 30-5-1991).

### B) *Campañas*

Las actividades de las empresas incluidas dentro de este Sistema Especial se configurarán en campañas que se iniciarán el 1 de enero, finalizando el 31 de diciembre cada año.

No obstante las empresas afectadas podrán solicitar, razonadamente, la alteración de las fechas de consideración de inicio y finalización de una determinada campaña, correspondiendo al director provincial de la TGSS resolver sobre la modificación solicitada (art. 4 OM 30-5-1991).

### C) *Afiliación, altas y bajas*

La afiliación de los trabajadores en este Sistema Especial se tramitará conforme a las normas del Régimen General de la Seguridad Social (art. 5.1 OM 30-5-1991).

Las altas iniciales de los trabajadores para cada campaña se comunicarán por parte de los empresarios dentro del plazo máximo de cinco días naturales, contados a partir de la iniciación del trabajo, mediante un modelo oficial referido a la totalidad de los trabajadores afectados (art. 5.2 OM 30-5-1991).

Igualmente, las bajas definitivas de los trabajadores a la conclusión de la campaña se comunicarán por parte de los empresarios dentro del plazo máximo de cinco días naturales, contados a partir del cese en el trabajo, mediante un modelo oficial referido a la totalidad de los trabajadores afectados (art. 5.3 OM 30-5-1991).

Por su parte, las altas y bajas sucesivas producidas en el intervalo entre el inicio y la terminación de la campaña se comunicarán antes de la finalización del mes siguiente al que hayan tenido lugar, mediante un modelo oficial referido a la totalidad de los trabajadores afectados (art. 5.4 OM 30-5-1991).

No obstante, con el objeto de que por parte de la ITSS y de las Entidades Gestoras se pueda llevar un control del cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, se establece la obligatoriedad por parte de las empresas de llevar un Libro de Anotaciones diarias de altas y bajas sucesivas, que se ajustará al modelo determinado en la propia orden ministerial y en el que constará la firma del trabajador. Ahora bien, con el objeto de flexibilizar esta obligación, en las empresas o centros de trabajo que tengan constituido Comité de empresa, la firma de los trabajadores podrá ser suplida, a opción de la empresa, por la firma de los representantes de los trabajadores (art. 5.5 OM 30-5-1991).

Por último, para concluir este apartado hay que apuntar que los trabajadores de temporada podrán suscribir un convenio especial, cuya solicitud se debe efectuar dentro del mes natural siguiente al cese en el trabajo de temporada, al agotamiento de la prestación contributiva de desempleo o al transcurso del período de sesenta días de subsidio de desempleo de trabajadores fijos discontinuos, con derecho a cotización a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación, siempre que acrediten cotizaciones como trabajadores de temporada durante tres campañas completas dentro de los siete años inmediatamente anteriores.

#### *D) Cómputos de períodos a efectos del derecho a prestaciones*

Una novedad importante que introdujo la orden ministerial reguladora de este Sistema Especial fue la de establecer los criterios que deben seguirse a fin de considerar los días festivos y de vacaciones como cotizados a efectos del reconocimiento del derecho a prestaciones.

A estos efectos, los períodos a computar en las bases reguladoras de las prestaciones, en los períodos de carencia exigidos para el disfrute de las prestaciones y en el porcentaje a aplicar para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, serán los días efectivamente trabajados a los que se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que corresponda y a dicho fin, cada día de trabajo se considera como 1,33 días de cotización cuando la jornada laboral sea de lunes a sábado, y 1,61 días de cotización cuando la actividad se realice de lunes a viernes (art. 6 OM 30-5-1991).

#### *E) Recaudación*

El ingreso de las cuotas se efectuará por las empresas, bien con carácter individual o a través de asociaciones empresariales ante los órganos de recaudación o entidades colaboradoras autorizadas en los mismos plazos y términos previstos para el régimen general. Ahora bien el ingreso efectuado a través de las asociaciones empresariales no supondrá ninguna modificación de los documentos de cotización, que en todo caso, deberán referirse a cada una de las empresas individualmente (art. 7 OM 30-5-1991). Por lo tanto, al no establecerse ninguna especificidad en la orden ministerial reguladora de este Sistema Especial, las cotizaciones deberán ingresarse dentro del mes siguiente al de su devengo.

### **4. SISTEMA ESPECIAL DE MANIPULACIÓN Y EMPAQUETADO DEL TOMATE FRESCO CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN**

Este Sistema Especial está regulado por la OM 24-7-1976, la cual ha sido modificada por la OM 9-12-1994 en lo que se refiere al campo de aplicación, al extender el mismo a las Sociedades Cooperativas, Sociedades Agrarias de Transformación u otras formas societarias que lleven a cabo labores de comercialización y exportación de tomate fresco.

#### *A) Campo de aplicación*

El campo de aplicación de este sistema especial aparece configurado desde un doble punto de vista: el positivo, constituido por las inclusiones del Sistema y el negativo, por las exclusiones.

##### *a) Inclusiones*

Se encuentran comprendidos dentro de este Sistema Especial:

- \* Los empresarios cosecheros-exportadores de tomate fresco, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que realicen sucesivamente y por sí mismas: las faenas de producción y las de comercialización y exportación del fruto producido, en su totalidad, por ellos mismos. La Orden de 9 de diciembre de 1994 ha introducido en el campo de aplicación de este Sistema Especial, a las Sociedades Cooperativas, Sociedades Agrarias de Transformación u otras formas societarias que lleven a cabo labores de comercialización y exportación de tomate fresco, siempre que las indicadas labores recaigan sobre los productos obtenidos directamente en las explotaciones agrarias de los cooperativistas o socios.



- Los trabajadores eventuales o de temporada que se dediquen exclusivamente a la manipulación y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, dentro de la campaña oficial y al servicio de empresarios cosecheros exportadores de tomate fresco.

#### b) Exclusiones

Quedan excluidos de este Sistema Especial:

- Los empresarios que se dediquen a la comercialización del tomate fresco con destino al consumo nacional o a la comercialización con destino a la exportación, siempre que, en este caso, no sean productores directos de la totalidad del indicado fruto.
- Los trabajadores eventuales o de temporada que se dediquen a la manipulación de tomate con destino a la transformación.
- Los trabajadores fijos o de plantilla al servicio de los cosecheros-exportadores de tomate.

#### B) Campañas

Las actividades económicas que dan lugar a su inclusión en este Sistema Especial deberán ser realizadas dentro de las campañas oficiales, que tendrán la siguiente duración:

- En la península:
  - Para el tomate liso de invierno: desde el 1 de octubre al 31 de enero.
  - Para el tomate asurcado de invierno: desde el 1 de octubre al 30 de abril.
  - Para el tomate de verano: desde el 1 de mayo al 30 de septiembre.
- En las Islas Canarias: desde el 1 de octubre al 31 de mayo.

#### C) Inscripción de empresas

La inscripción se solicitará ante la TGSS, a través de la asociación provincial de frutos y productos hortícolas.

#### D) Afiliación, altas y bajas

La asociación provincial de frutos y productos hortícolas tramitará la afiliación de los trabajadores y las altas y bajas que reciba de los empresarios, observando los requisitos de forma y plazo y los trámites previstos en el Régimen General.

Los empresarios cursarán las bajas de sus trabajadores a la terminación de las respectivas campañas, con independencia de las que hayan comunicado durante el transcurso de las mismas. Del mismo modo deberán dar las correspondientes bajas cuando los trabajadores, aun permaneciendo al servicio del mismo empresario, pasen a trabajar en campaña distinta de aquella en que causarán alta.

#### E) Cotización

Los empresarios descontarán a sus trabajadores la parte de cuota correspondiente en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones y en la forma establecida para el Régimen General.

La aportación de los empresarios a este Sistema Especial consistirá en una cuota por Tm o fracción de 500 kg de tomate fresco empaquetado durante el período de que se trate, que se fijará por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, antes del 1 de octubre de cada año.

Las reducciones y bonificaciones en la cotización empresarial por contingencias comunes, a que den derecho determinadas modalidades de contratación, se aplicarán a la parte de la aportación antes señalada

correspondiente por los trabajadores afectados por las mismas, previa distribución del importe a que ascienda dicha aportación entre la totalidad de los trabajadores de la empresa en el período que corresponda.

#### *F) Recaudación*

Al no establecerse ninguna especificidad en la orden ministerial reguladora de este Sistema Especial, las cotizaciones deberán ingresarse dentro del mes siguiente al de su devengo, como en el Régimen General.

### 5. SISTEMA ESPECIAL DE LA INDUSTRIA RESINERA

Este Sistema Especial se sigue regulando en la actualidad por la OM 3-9-1973.

#### *A) Campo de aplicación*

Este Sistema Especial de la industria resinera encuadrará a la totalidad de las empresas dedicadas a la explotación de pinares para la obtención de mieras y a los trabajadores del monte, resineros y remasadores, al servicio de las mismas, quedando incluido el restante personal comprendido en la Reglamentación de Trabajo de la Industria resinera de 14 de julio de 1947, para el que regirán, íntegramente, las normas comunes reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social.

#### *B) Campañas*

Las campañas tendrán la duración que se señala:

- + Resineros: del 1 de marzo al 15 de noviembre.
- + Remasadores: del 1 de junio al 31 de octubre.

#### *C) Altas y bajas*

Las empresas formularán las solicitudes de las altas y bajas de sus trabajadores de acuerdo con las reglas del Régimen General.

De igual modo, solicitarán las bajas de sus trabajadores a la terminación de las respectivas campañas señaladas para los resineros y remasadores, con independencia de las que hayan comunicado durante el transcurso de las mismas.

La permanencia en alta de los trabajadores, resineros y remasadores se determinará en función del número de pinos en resinación asignados a los mismos que constituyen la «mata» media normal señalada por el distrito forestal en cada provincia. El número de días en alta, con la consiguiente obligación de cotizar, será de 260 para los trabajadores que resinan la totalidad de los pinos que constituyen la «mata» media normal, los días de permanencia en alta se reducirán en proporción al número de pinos realmente asignados al trabajador.

En todo caso, el número de días en alta no podrá exceder de los señalados para los resineros y remasadores en sus respectivas campañas.

#### *D) Cotización y recaudación*

Las bases y tipos de cotización serán los vigentes en cada momento en el Régimen General. Al no establecerse expresamente ningún plazo especial, las cotizaciones deberán ingresarse dentro del mes siguiente al de su devengo.

En materia de recaudación se aplicarán las normas del Régimen General de la Seguridad Social.

*E) Peculiaridad en cuanto a las prestaciones temporales*

Respecto a las prestaciones temporales se sigue el mismo criterio que para la cotización, es decir, se abona una cantidad a cuenta y al finalizar el año cuando se conoce la base de cotización total se regulariza.

**6. SISTEMA ESPECIAL DE EMPRESAS DE EXHIBICIÓN CINEMATOGRAFICA, SALAS DE BAILE, DISCOTECAS Y SALAS DE FIESTA Y OTROS LOCALES ANÁLOGOS, CANTINAS DE CAMPOS DE FÚTBOL U OTROS ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS Y TAURINOS**

El Sistema Especial de empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta y otros locales análogos está regulado por la OM 17-6-1980, posteriormente se han integrado en este Sistema Especial las cantinas de campos de fútbol u otros espectáculos deportivos mediante la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 24-3-1988 y los espectáculos taurinos mediante la Resolución de la misma Dirección General de 24-10-1985 y las salas de bingo mediante la Circular 40/1981 del INSS.

*A) Ámbito de aplicación*

Este Sistema Especial será de aplicación a las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas, salas de fiestas y otros locales de espectáculos análogos, cantinas de campos de fútbol u otros espectáculos deportivos y taurinos respecto al personal de su plantilla que no trabaje todos los días de la semana.

*B) Altas y bajas*

Las empresas presentarán, durante los cinco primeros días naturales de cada mes, un parte de alta, que contendrá los siguientes datos: relación nominal de los trabajadores que no han trabajado todos los días de la semana y días fijos de trabajo de cada semana durante dicho período.

Las altas de los trabajadores que ingresan al servicio de las empresas con posterioridad a la comunicación del parte mensual y las bajas de los trabajadores que cesen al servicio de las mismas, se registrarán por las normas comunes del Régimen General.

*C) Cotización*

En el caso de existir una situación de pluriempleo, la cotización se efectuará de acuerdo con las siguientes normas:

- Si los trabajadores realizan jornada completa en una empresa afectada por la orden reguladora de este Sistema Especial y además, prestan servicios de carácter continuo y a jornada completa en otra empresa de actividad distinta, en la primera empresa, se cotizará por la base de cotización completa que corresponda, por los días declarados como efectivamente trabajados, de acuerdo con la normativa vigente en el Régimen General, delimitada por las cuantías mínima y máxima aplicables a la categoría profesional del trabajador, mientras que en la segunda actividad se aplicará la misma regla anterior pero sin estar referida a los días efectivamente trabajados.
- Si los trabajadores realizan jornada reducida en una empresa afectada por este Sistema Especial y además prestan servicios de carácter continuo y a jornada completa en otra empresa de actividad distinta, se aplicará la norma, si bien en la empresa citada en primer lugar se cotizará solamente por la parte proporcional correspondiente a las horas de trabajo.

- Si los trabajadores realizan jornada completa discontinua en varias empresas incluidas en este Sistema Especial, los topes mensuales máximo y mínimo de cotización vigentes en cada momento para las situaciones de pluriempleo se distribuirán entre las distintas empresas, en proporción al número de días trabajados en cada una a lo largo del mes. La base de cotización del trabajador, respecto a cada una de las empresas, deberá estar comprendida entre los respectivos topes.

En todo caso y con carácter supletorio se estará a lo dispuesto en las normas comunes del Régimen General de la Seguridad Social.

## 7. SISTEMA ESPECIAL DE EMPRESAS DE ESTUDIO DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA

Este Sistema Especial de Seguridad Social para empresas de estudio de mercado y opinión pública se encuentra regulado en la OM 6-11-1989.

### A) *Ámbito de aplicación*

Será de aplicación a las empresas de estudios de mercado y opinión pública respecto de sus trabajadores fijos discontinuos que realicen tareas de encuestadores.

### B) *Inscripción de los empresarios*

El empresario, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitará su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social en la TGSS de la provincia en la que tenga su domicilio legal. Esta inscripción será independiente de la que tenga formulada o deba formular si por cuenta del empresario prestan servicios otras personas, distintas de las mencionadas.

### C) *Afiliación, altas y bajas de trabajadores*

Las solicitudes de alta y baja de los trabajadores fijos discontinuos que correspondan al inicio o cese definitivo de su relación laboral con la empresa, así como la afiliación, en su caso, serán presentadas por el empresario, en el plazo previsto en el Régimen General de la Seguridad Social, en la provincia en la que haya formulado su inscripción, sea cual fuere la provincia o provincias en la que preste sus servicios.

Además de estas obligaciones, los empresarios presentarán, dentro de los diez primeros días de cada mes, una relación nominal de sus trabajadores fijos discontinuos, en modelo oficial, con indicación de los días en que han prestado servicios durante el mes anterior y el total de los días trabajados en el mismo.

Los trabajadores fijos discontinuos incluidos en este Sistema Especial permanecerán en situación asimilada a la del alta, a efectos de la prestación de asistencia sanitaria, durante los días en que no presten servicios efectivos en la empresa.

### D) *Peculiaridad de la incapacidad temporal*

Si el trabajador se encontrase en situación de IT y se interrumpiese o finalizase la actividad de temporada de la empresa, seguirá percibiendo la prestación, siendo abonada por la propia Entidad Gestora, hasta que se extinga tal situación.

## 8. SISTEMA ESPECIAL DE SERVICIOS EXTRAORDINARIOS EN LA HOSTELERÍA, CAFÉ, BARES Y SIMILARES

El Sistema Especial de Seguridad Social de servicios extraordinarios en la hostelería, café, bares y similares se encuentra regulado por la OM 10-9-1973.

### A) *Ámbito de aplicación*

Este Sistema Especial es de aplicación a los trabajadores que de forma habitual realicen servicios extraordinarios en la hostelería, cafés, bares y similares, entendiéndose por tales el realizado con tal carácter por personal ajeno al establecimiento. Asimismo se entiende que concurre la habitualidad cuando el trabajador realice, al menos, treinta servicios extraordinarios dentro del trimestre natural anterior, salvo que éste sea el primero de cada año, en el que sólo exigirán quince. Los trabajadores que no acrediten el número de servicios indicados causarán baja en este Sistema Especial y se registrarán por las normas del Régimen General hasta tanto no vuelvan a recuperar la habitualidad. A efectos de cómputo de servicios realizados, cada uno de ellos se considerará como un día de cotización, aunque en un mismo día se hayan prestado más de uno.

### B) *Afiliación, altas y bajas*

La asociación provincial de hostelería agrupará a los trabajadores afectados por este Sistema Especial a efectos de la aplicación del mismo y colaborará en la gestión de la Seguridad Social.

En el momento de iniciar la prestación de cada servicio, la empresa exigirá del trabajador la presentación del documento que acredite la habitualidad en la prestación de servicios extraordinarios. A la terminación del servicio la empresa devolverá al trabajador el referido documento, previa diligencia en el mismo en la que se deje constancia del servicio realizado. Asimismo, la empresa remitirá a la asociación provincial de hostelería, un impreso en el que se acredite el servicio prestado por el trabajador.

Las empresas solicitarán a la TGSS, a través de la asociación provincial de hostelería y dentro de los plazos y en la forma establecida en las normas comunes del Régimen General, la afiliación al Sistema de la Seguridad Social, altas y bajas de los trabajadores, dando traslado a la asociación, de forma inmediata, a la TGSS la solicitud de afiliación, debidamente informada.

### C) *Cotización y recaudación*

Al no establecerse expresamente ningún plazo especial, las cotizaciones deberán ingresarse dentro del mes siguiente al de su devengo.

## III. SISTEMAS ESPECIALES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

El Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia, suscrito el 20 de octubre de 2005 entre los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales y de Agricultura, Pesca y Alimentación y los representantes de las Organizaciones Agrarias, tuvo como finalidad la actualización de los mecanismos de protección social de los agricultores por cuenta propia, al tiempo que se profundizaba en el objetivo de convergencia de regímenes e integración de los trabajadores por cuenta propia en un solo régimen.

En el marco de dicho acuerdo se previó un conjunto de medidas tendentes a la progresiva equiparación de los trabajadores por cuenta propia del REA con los encuadrados en el RETA, con efectos de 1



de enero de 2008, integrándolos mediante la implantación de un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

En cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia, se promulgó la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA, con efectos de 1 de enero de 2008. Actualmente este sistema especial se rige por lo dispuesto en el título IV TRLGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo, con las particularidades establecidas en los artículos 323 a 326 TRLGSS (art. 323.2 TRLGSS).

Esta regulación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios recoge los criterios básicos de la normativa de modernización de las explotaciones agrarias y va dirigida a reforzar las garantías sociales de los pequeños agricultores y a colaborar en la mejora de las perspectivas de viabilidad del sector.

Asimismo, la regulación de este Sistema Especial establece mecanismos específicos de cotización y contempla desde una perspectiva global a todos los componentes de la explotación familiar agraria, con especial incidencia en la incorporación de las mujeres y de los jóvenes, como base esencial para el desarrollo futuro del campo. Destaca, en este sentido, el establecimiento de una reducción en la cotización de los cónyuges y descendientes de los titulares de las explotaciones agrarias que se incorporen a la actividad en dichas explotaciones.

## I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA ESPECIAL

Están incluidos en este Sistema Especial los trabajadores por cuenta propia agrarios cuando sean mayores de 18 años (art. 323.1 TRLGSS) y reúnan los requisitos siguientes (art. 324 TRLGSS):

- ✦ Ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por 100 de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas, sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. Para determinar el cumplimiento de este requisito se podrá tomar en consideración la media simple de las rentas totales y de los rendimientos anuales netos de los seis ejercicios económicos inmediatamente anteriores a aquel en que se efectúe su comprobación.
- ✦ Que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por 100 del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social. Igualmente, para determinar el cumplimiento de este requisito se podrá tomar en consideración la media simple de las rentas totales y de los rendimientos anuales netos de los seis ejercicios económicos inmediatamente anteriores a aquel en que se efectúe su comprobación.
- ✦ La realización de labores agrarias de forma personal y directa en tales explotaciones agrarias, aun cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que no se trate de más de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los 546 en un año, computado de fecha a fecha. Las limitaciones en la contratación de trabajadores por cuenta ajena se entienden aplicables por cada explotación agraria. En el caso de que en la explotación agraria existan dos o más titulares, en alta todos ellos en el RETA, se añadirá al número de trabajadores o jornales expuesto un trabajador fijo más, o 273 jornales al año, en caso de trabajadores eventuales, por cada titular de la explotación agraria, excluido el primero.

También están incluidos en este Sistema Especial el cónyuge del titular de la explotación agraria y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar (art. 324.3 TRLGSS). Debe hacerse constar que las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria se entienden hechas, también, a la persona ligada de forma estable con aquél por una relación de afectividad análoga a la conyugal (Disp. Adic. 16ª TRLGSS). No obstante, los hijos del titular de la explotación agraria, menores de 30 años, que convivan con él podrán ser contratados por aquél como trabajadores por cuenta ajena, sin cotización a la contingencia de desempleo y, consecuentemente, sin que puedan acceder a la correspondiente cobertura (324.4 TRLGSS).

El cumplimiento de los requisitos necesarios para la incorporación al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, deberán ser acreditados ante la TGSS (art. 324.5 TRLGSS).

Por su parte, los trabajadores agrarios por cuenta propia que no reúnan los requisitos para formar parte del Sistema Especial para los Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios formarán parte del RETA como cualquier trabajador autónomo y tienen, a efectos de cotización a la Seguridad Social, las bases y tipos de éstos.

## 2. NOCIÓN DE EXPLOTACIÓN AGRARIA, LABORES AGRARIAS Y ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

A los efectos de este Sistema Especial se entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma unidad técnico-económica, pudiendo la persona titular o titulares de la explotación serlo por su condición de propietaria, arrendataria, aparcerera, cesionaria u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria (art. 324.2 TRLGSS).

Por su parte, la actividad agraria será el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales. A tal efecto se considerará como actividad agraria la venta directa por parte del agricultor de la producción propia sin transformación o la primera transformación de dichos productos, ya sea en la propia explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también la actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación (art. 324.2, párrafos 2º y 3º TRLGSS).

Por su parte, se considerarán actividades complementarias la participación y presencia de la persona titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario. Asimismo, tendrán la consideración de actividades complementarias las actividades de transformación de los productos de su explotación y venta directa de los productos transformados, siempre y cuando no sea la primera transformación, así como las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, el turismo rural o agroturismo, al igual que las cinemáticas y artesanales realizadas en su explotación (art. 324.2, párrafos 4º y 5º TRLGSS).

## 3. COTIZACIÓN EN EL SISTEMA ESPECIAL

En materia de cotización las particularidades de este Sistema Especial son las siguientes (art. 325 TRLGSS):

- Respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, si el trabajador optara como base de cotización por una base de cuantía hasta el 120 por ciento de la base mínima que corresponda en este régimen especial, el tipo de cotización aplicable será del 18,75 por ciento. No obstante, si el trabajador optase por una base de cotización superior a la señalada, sobre la cuantía que

exceda de esta última se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento en este régimen especial para las contingencias de cobertura obligatoria.

- Respecto de las contingencias de cobertura voluntaria (incapacidad temporal por contingencias comunes), la cuota se determinará aplicando, sobre la cuantía completa de la base de cotización, los tipos vigentes en el RETA para dichas contingencias.
- Respecto de las contingencias profesionales, que tendrán carácter voluntario, se aplicarán los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta LPGE 2007.

#### 4. PECULIARIDAD DE LA ACCIÓN PROTECTORA

En cuanto a acción protectora, hay que señalar que los trabajadores incluidos en este Sistema Especial se pueden acoger voluntariamente a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal (art. 326 TRLGSS).

Por su parte, la cobertura de los AT y EP en este Sistema Especial resultará voluntaria, sin perjuicio de lo que las LPGE puedan establecer, en particular, respecto de la protección por incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de dichas contingencias profesionales (art. 326 TRLGSS).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CARACTERIZACIÓN

- CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L.: *Los Sistemas Especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Madrid, 2005.
- DESDENTADO BONETE, A.: «La estructura del sistema español de Seguridad Social entre el clientelismo y la irracionalidad», *Revista de Seguridad Social*, n.º 14/1992.
- GALA VALLEJO, C.: *Los sistemas especiales en la Seguridad Social*, Madrid, 2006.
- SANZ MERINO, A. R.: «Aproximación al Sistema de la Seguridad Social español», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- «Estructura del Sistema de la Seguridad Social. Ámbito subjetivo de la Seguridad social: campo de aplicación del Sistema. Estructura del Sistema. Regímenes de Seguridad social. Actos de encuadramiento y constitución de la relación jurídica de Seguridad Social», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social», *RAD*, n.º 6/2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estructura del Sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos», *RL*, tomo 2, 1995.

### II. SISTEMAS ESPECIALES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Apuntes para la reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar», en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1.620/2011, de 14 de noviembre», *AS*, n.º 1/2012.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012», *Diario la Ley*, n.º 7.745/2011.
- GARCÍA DE PABLO, J. F.: «Claves de la nueva regulación del Régimen de las Empleadas de Hogar», *Diario La Ley*, n.º 7.780/2011.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro», *AS*, n.º 8/2011.
- HIERRO HIERRO, J., y CARDENAL CARRO, M.: «Un nuevo marco normativo para los trabajadores agrarios (los Reales Decretos 807/2006, de 30 de junio, y 864/2006, de 14 de julio) (1.ª Parte)», *AS*, n.º 15/2006.
- «Un nuevo marco normativo para los trabajadores agrarios (los Reales Decretos 807/2006, de 30 de junio) (RCL 2006, 1428), y 864/2006, de 14 de julio (2.ª Parte)», *AS*, n.º 16/2006.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «La manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y su encuadramiento en la Seguridad Social», *AL*, n.º 8/1994.
- *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*. Albacete, 2012.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La afiliación, altas, bajas y cotización en el Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar», *AL*, n.º 13/2012.
- «El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar», *AL*, n.º 21/2011.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «La manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y su encuadramiento en la Seguridad Social», *AL*, n.º 8/1994.

- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «La integración de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social», *AS*, n.º 8/2011.
- ROQUETA BUJ, R.: «La contratación laboral en los convenios colectivos sectoriales de hostelería», *AS*, n.º 9/2004.
- SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *AL*, n.º 2/2011.
- VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social*. Murcia, 2012.

### III. SISTEMAS ESPECIALES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

- BLASCO LAHOZ, J. F.: «La integración de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos», *IL*, n.º 27/2007.
- BLASCO LAHOZ, J. F., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «La integración en el régimen especial de trabajadores autónomos de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario», en *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 2008.
- CARDENAL CARRO, M., y HIERRO HIERRO, F. J.: «Comentario al Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia», *AS*, n.º 16/2005.
- «Retoques y modificaciones en los RRDD 84/1996, 2.064/1995, 1.415/2004 y 1.993/1995 para su adaptación a la Leyes 18 y 20/2007 (notas sobre el nuevo Sistema Especial de la Seguridad Social)», *AS*, n.º 13/2008.
- «Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social», *AS*, n.º 9/2007.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario: ¿Hacia la integración en el régimen especial de trabajadores autónomos?», *IL*, n.º 12/2004.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La integración de los trabajadores por cuenta propia en el régimen especial de autónomos», *Diario La Ley*, n.º 6.793/2007.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «Agricultores y seguridad social: El sistema especial para trabajadores por cuenta propia», *RL*, n.º 22/2008.
- VICEDO CAÑADA, L., y VIDAL VIDAL, J.: «Las consecuencias jurídico-laborales de la ampliación de la actividad agraria», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 11/2008.
- VVAA: «Integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el régimen especial de trabajadores autónomos», *Revista Consejo General de Graduados Sociales*, n.º 11/2007.



## CAPÍTULO 19.

### SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

En este capítulo se estudiará la prestación de la dependencia, la cual se configura como una prestación social externa e independiente al sistema institucional de la Seguridad Social. Esta prestación tiene, pues, un carácter público y autónomo, que no es encuadrable ni en la Seguridad Social ni en la Asistencia Social autonómica y cuyo rasgo principal es el de su transversalidad en las políticas sociales de la Administraciones Públicas, atribuyendo competencias en algunos de sus aspectos al Estado (art. 149.1.1.17.<sup>a</sup> CE) y en otros a las CCAA (art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE). La doctrina ha sido crítica con la referida concepción, al entender que lo más adecuado al tipo de necesidad que cubre hubiera sido configurarla como una Seguridad Social Asistencial Interna al propio Sistema de la Seguridad Social. No obstante, se está ante un derecho social universalista, al que no es ajeno la grave situación económica que sufre España desde 2008, lo que ha dado lugar a la limitación y restricción de algunas de sus prestaciones como consecuencia de la política de reducción del gasto público no exenta de una cierta insensibilidad hacia los colectivos más desfavorecidos de la sociedad.

La LAPAD ha sufrido importantes modificaciones a través del RDL-MESFO. Estas modificaciones han sido muy criticadas al considerar que devuelven a España a prácticas asistenciales pre democráticas y de beneficencia en relación con los países europeos de nuestro entorno y que el RDL reduce el sistema estipulado en la LAPAD a la mínima expresión, volviendo a recaer sobre las familias el cuidado de las personas en situación de dependencia sin apoyo alguno. Entre las modificaciones concretas que han sido objeto de numerosas críticas figuran:

- ✦ La ampliación a dos años del plazo para resolver las prestaciones económicas (Disp. Final 1.<sup>a</sup>1 LAPAD, modificada por el art. 22.Dieciséis RDL-MESFO) que puede provocar que decenas de miles de dependientes mueran sin atención, dado que tres de cuatro beneficiarios son mayores de 65 años, y el 54 por 100 mayores de 80.
- ✦ El incremento de las aportaciones de los usuarios y los descuentos sobre las prestaciones a percibir.
- ✦ La eliminación de las compatibilidades entre servicios (art. 25 bis LPAD introducido por el art. 22.Nueve RDL-MESFO), lo que impide su complementariedad y la necesaria flexibilidad y atención personalizada a las personas dependientes.
- ✦ La reducción de la cuantía de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar es de un 15 por 100.

- El Estado deja de financiar la Seguridad Social de los cuidadores familiares que afecta a 180.000 personas (el 94 por 100 mujeres).
- En materia de financiación del sistema, se reduce el nivel mínimo en más de un 13 por 100.

A lo largo del presente capítulo se estudiará la situación protegida por esta prestación, aunque la LAPAD no contenga una regulación específica de la misma, sí contempla los principios que la inspiran, la determinación de los sujetos protegidos, con las consiguientes obligaciones y derechos derivados de dicha condición, la acción protectora que se les dispensa, la incompatibilidad de las prestaciones, los distintos grados y la valoración de los mismos, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema y por último, la tipificación de las infracciones y sanciones que pudieran cometerse con el objeto de evitar los abusos y fraudes en el percibo de las prestaciones.

## I. SITUACIONES PROTEGIDAS

Las prestaciones que dispensa la LAPAD tienen como finalidad proteger las situaciones de riesgo social de aquellas personas que no pueden realizar por sí mismas los actos esenciales de la vida y que los convierte en especialmente vulnerables, para lo cual la LAPAD regula las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia (art. 1 LAPAD).

La autonomía es entendida por la LAPAD como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria (art. 2.1 LAPAD), como puedan ser el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3 LAPAD). El apoyo para la promoción de la autonomía personal va dirigido especialmente a las personas que tienen discapacidad intelectual o mental con la finalidad de conseguir un grado satisfactorio de integración en el seno de la comunidad (art. 2.4 LAPAD).

Por su parte, la dependencia es definida por la LAPAD como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal (art. 2.2 LAPAD). La atención a las personas dependientes puede ser prestada por cuidadores no profesionales como son las personas de la familia o del entorno que no están vinculadas a un servicio de atención profesionalizada (art. 2.5 LAPAD), por cuidadores profesionales a través de una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o por profesional autónomo (art. 2.6 LAPAD) y por asistentes personales (art. 2.7 LAPAD) o por organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro (art. 2.8 LAPAD).

Este nuevo riesgo social al que no es ajeno el envejecimiento progresivo de la población aparece totalmente desvinculado de los riesgos profesionales, lo cual hace pensar que sería necesario incluir dentro del Sistema de la Seguridad Social el riesgo social como concepto mucho más amplio que el de estado de necesidad. Sin embargo, el legislador ordinario ha optado por excluir las prestaciones de dependencia del Sistema de Seguridad Social e incluirlos dentro del otro más amplio de Protección Social, encomendando su gestión a las CCAA, lo que debe ser objeto de crítica ya que de esta manera se difumina la protección universalista del Sistema de Seguridad Social que configura el artículo 41 CE.

## II. CONFIGURACIÓN Y PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA

### I. CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA

El Sistema para la autonomía y atención a la dependencia se ha configurado como un subsistema del sistema de Protección Social, con autonomía propia y ajeno al sistema institucional de la Seguridad Social.

Este Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, creado por la LAPAD prevé la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y el establecimiento de un contenido mínimo de derechos, garantizado por la AGE, para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español (art. 1.1 LAPAD).

El Sistema implica, pues, una acción coordinada y cooperativa de la AGE y las CCAA en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, incluyendo, en su caso, a las Entidades Locales (art. 1.2 LAPAD), a través de una red de utilización pública que integra centros y servicios ya sean públicos y privados (art. 7.2 LAPAD, suspendido para 2016 por la Disp. Adic. 76ª LPGE 2016) y sin que ello suponga alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica (art. 7.3 LAPAD).

La participación de las Administraciones Públicas en el Sistema se llevará a cabo de la siguiente forma.

#### *A) Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*

Este Consejo fue creado por el artículo 8 LAPAD con la finalidad de ser el instrumento de cooperación para la articulación de los servicios sociales y la promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia. El Consejo está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y en cuya composición participa la persona titular de dicho Ministerio como presidente y los Consejeros competentes en materia de servicios sociales y de dependencia de cada una de las CCAA, los cuales serán mayoría. El Consejo Territorial tiene entre otras las siguientes funciones:

- ✦ Acordar el Marco de cooperación interadministrativa mediante los correspondientes Convenios, aunque esta función ha sido suspendida durante 2013, 2014, 2015 y 2016 (Disp. Adic. 76ª LPGE 2016).
- ✦ Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios.
- ✦ Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas.
- ✦ Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.
- ✦ Acordar el baremo para valorar la situación de dependencia.
- ✦ Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.
- ✦ Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

#### *B) Participación de la Administración General del Estado*

Al Gobierno del Estado, una vez oído el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponde la determinación del nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado de su dependencia. Este nivel mínimo de protección se financiará íntegramente con los recursos económicos que cada año fije la correspondiente LPGE (arts. 9.2 y 32 LAPAD).

### *C) Participación de las Comunidades Autónomas*

Reguladas en su mayor parte por el artículo 11 LAPAD, a las CCAA les corresponde en el marco del Sistema para la promoción de la autonomía personal y ayuda a la dependencia las siguientes funciones:

- Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios del Sistema.
- Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia.
- Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.
- Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.
- Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención.
- Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios.
- Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.
- Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación (art. 32 LAPAD).

También compete a las CCAA fijar, con cargo a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al fijado por la AGE, adoptando las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas.

### *D) Participación de las Entidades Locales*

Regulada en el artículo 12 LAPAD, la participación de las Entidades Locales en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, se efectuará de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.

También está previsto que las Entidades Locales puedan participar en el Consejo Territorial en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga.

### *E) Participación institucional*

La participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se hace efectiva a través del Comité Consultivo del Sistema, el cual está adscrito al MEYSS (art. 40.1 LAPAD).

Las funciones del Comité Consultivo del Sistema son las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento de dicho Sistema (art. 40.2 LAPAD).

La composición del Comité tiene carácter tripartito, al estar integrado por las Administraciones Públicas, las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales, y además es paritario entre Administraciones Públicas por una parte y organizaciones sindicales y empresariales por otra (art. 40.3 LAPAD). El Comité Consultivo estará presidido por el representante de la AGE que designe el titular del MEYSS y participan seis representantes de la AGE; seis representantes de las administraciones de las CCAA; seis representantes de las Entidades locales; nueve representantes de las organizaciones empresariales más representativas y nueve representantes de las organizaciones sindicales más representativas (art. 40.4 LAPAD).

El funcionamiento del Comité se regulará por su reglamento interno y sus acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos emitidos en cada una de las partes, requiriendo así la mayoría de los votos de las Administraciones Públicas y la mayoría de los votos de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 40.3 LAPAD).

Además del Comité Consultivo del Sistema existen otros órganos consultivos de participación institucional como el Consejo Estatal de Personas Mayores, el Consejo Nacional de la Discapacidad y el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social (art. 41.1 LAPAD). Estos órganos consultivos tienen como funciones las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema (art. 41.2 LAPAD).

## 2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA

El Sistema creado por la LAPAD se inspira en los siguientes principios (art. 3 LAPAD).

### A) Principios generales

- El carácter público de las prestaciones.
- La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación.
- La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia.
- La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema.
- La cooperación interadministrativa.
- La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas.

### B) Principios específicos de promoción y atención al dependiente

- La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada.
- La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real.
- La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades.
- El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.
- La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.
- La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.
- La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.
- La atención preferente a las personas en situación de gran dependencia.

### C) Principios específicos de participación en la promoción y atención al dependiente

- La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen.
- La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
- La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.



De los principios generales expuestos se extrae la conclusión de que las prestaciones que brinda el Sistema para la promoción personal y ayuda a la dependencia tienen carácter asistencial, son públicas y universales y crean un derecho subjetivo a la ciudadanía.

### III. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA

La Ley establece tres niveles de protección (art. 7 LAPAD), un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la AGE. Un segundo nivel de protección, fruto de la cooperación y financiación entre la AGE y las CCAA plasmado mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley. Este nivel ha sido suspendido en su aplicación para 2013 (Disp. Adic. 84.<sup>a</sup> LPGE 2013), para 2014 (Disp. Adic. 28.<sup>a</sup> LPGE 2014) y para 2015 (Disp. Adic. 73.<sup>a</sup> LPGE 2015) como consecuencia de la inexistencia de cooperación entre la AGE y las CCAA (art. 10 LAPAD suspendido también para 2013 por la Disp. Adic. 84.<sup>a</sup> LPGE 2013, para el año 2014 por la Disp. Adic. 28.<sup>a</sup> LPGE 2014 y, para el año 2015 por la Disp. Adic. 73.<sup>a</sup> LPGE 2015 y para el 2016 por la Disp. Adic. 76.<sup>a</sup> LPGE). Y finalmente, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos establecido por las CCAA.

### IV. SUJETOS PROTEGIDOS. DERECHOS Y OBLIGACIONES

#### I. SUJETOS PROTEGIDOS

Están protegidos por la prestación de promoción personal y ayuda a la dependencia los españoles que reúnan los siguientes requisitos (art. 5 LAPAD):

A) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos (art. 26.1 LAPAD y RD 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia):

- Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

B) Los menores de tres años que acrediten su situación de dependencia (Disp. Adic. 13.<sup>a</sup>1 y 2 LAPAD).

C) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años. Además, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, salvo para los emigrantes españoles retornados (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> 1051/2013). Para los menores de cinco años el período de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

No obstante, para los españoles no residentes en España el Gobierno podrá establecer las medidas de protección que considere necesarias (art. 5.3 LAPAD).

Por último, por lo que respecta a los extranjeros y los menores que carezcan de la nacionalidad española, se estará a lo establecido en la LOEX, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen y por la Ley de Menor respectivamente (art. 5.2 LAPAD). Los ciudadanos comunitarios gozarán de la igualdad de trato con los españoles, por lo que pueden ser beneficiarios de las prestaciones de dependencia.

## 2. DERECHOS Y OBLIGACIONES

### A) Derechos

Las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en la LAPAD (art. 4.1 LAPAD) y de una manera específica tendrán derecho (art. 4.2 LAPAD):

- ✦ A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.
- ✦ A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.
- ✦ A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.
- ✦ A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos.
- ✦ A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- ✦ A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- ✦ A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
- ✦ Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.
- ✦ Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.
- ✦ A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la LAPAD.
- ✦ A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.
- ✦ A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

### B) Obligaciones

Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados (art. 4.4 LAPAD modificado por el art. 22.Uno RDL-MESFO):

- ✦ A suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia.
- ✦ A comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban.
- ✦ A aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas y a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.

## V. ACCIÓN PROTECTORA

Las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención para la Dependencia tienen como finalidad única el mejorar la calidad de vida y autonomía personal de las personas dependientes, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, facilitándoles una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible y proporcionándoles un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad (art. 13 LAPAD).

Las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios asistenciales y de prestaciones económicas (art. 14.1 LAPAD), existiendo una preferencia legal por la técnica de los servicios asistenciales respecto a las prestaciones económicas que tienen carácter excepcional (art. 14.3 LAPAD).

El acceso a los Servicios Asistenciales vendrá determinado por el grado de dependencia y, a igual grado, por la capacidad económica del solicitante, en función de su renta y patrimonio. No obstante, existe la previsión legal de que hasta tanto no se implante de manera total la red de servicios, las personas en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a la prestación económica vinculada al servicio (art. 14.6 y 7 LAPAD).

## I. SERVICIOS ASISTENCIALES

Son Servicios Asistenciales los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria y los que tienen como finalidad la promoción de su autonomía personal (art. 4.2 RD 1051/2013).

Los Servicios Asistenciales establecidos en el Catálogo de servicios (art. 15 LAPAD) tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas CCAA mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados (art. 14.2 LAPAD). Estos Servicios Sociales son los siguientes.

### A) *Servicios de prevención de las situaciones de dependencia*

Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos (art. 21 LAPAD).

Podrán acceder a los Servicios de Prevención las personas que se encuentren en alguno de los grados de la situación de dependencia, incluyendo esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial (art. 5.1 RD 1051/2013). Los planes de prevención serán elaborados por las correspondientes CCAA o Administración que, en su caso, tenga la competencia, al objeto de determinar la intensidad de los servicios de prevención del Sistema en su correspondiente ámbito territorial (art. 5.2 RD 1051/2013).

### B) *Servicios de promoción de la autonomía personal*

Estos servicios tienen por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria (art. 6.1 LAPAD).

Dentro de estos servicios, con carácter general, se incluyen el asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y las adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, así como los de habilitación, terapia ocupacional y cualquier otro programa de intervención que tenga como finalidad la promoción de la autonomía personal (art. 6.2 RD 1051/2013). En particular son servicios de promoción de la autonomía personal, además de los citados, los siguientes: habilitación y terapia ocupacional; atención temprana; estimulación cognitiva; promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional: habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual y apoyos personales, atención y cuidados en alojamientos de soporte a la inclusión comunitaria. (art. 6.4 RD 1051/2013, según redacción dada por el art. único RD 291/2015).

### C) Servicios de teleasistencia

El servicio de teleasistencia tiene como finalidad el facilitar la asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento. Puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio (art. 22.1 LAPAD), sin embargo, no se prestará a las personas que reciban servicios de atención residencial (art. 22.2 LAPAD).

A las personas a las que se haya reconocido el grado de dependencia moderada, el servicio de teleasistencia se prestará como servicio complementario al resto de prestaciones contenidas en el Programa Individual de Atención excepto en el caso de servicios de teleasistencia avanzada con apoyos complementarios, cuyo contenido se determinará por la Comisión Delegada del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 7.3 RD 1051/2013).

### D) Servicio de ayuda a domicilio

El servicio de ayuda a domicilio lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función (art. 23 LAPAD, modificado por el art. 22.8 RDL-MESFO), comprende:

- Los servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria.
- Los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros. Estos servicios sólo podrán prestarse conjuntamente con los señalados en el apartado anterior. No obstante, de manera excepcional y debidamente justificada, los referidos servicios, podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el Programa Individual de Atención. La Administración competente deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación. Esta excepción es el resultado de la inclusión de un nuevo párrafo al artículo 23 LAPAD por la Disposición Final 16.<sup>a</sup> LPGE 2013.

Para determinar la intensidad del servicio de Ayuda a domicilio se utiliza la hora de atención como módulo asistencial de carácter unitario y estará en función del programa de atención individual (art. 8.3 y 4 RD 1051/2013).

### E) Servicio de centro de día y de noche

El servicio de Centro de Día o de Noche ofrece una atención integral durante el período diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores. En particular, cubre, desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal (art. 24.1 LAPAD).

Existen distintos tipos de centros: Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores, Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen y Centros de Noche, que se adecuarán a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia (art. 24.2 LAPAD).

La intensidad del servicio de Centro de Día o de Noche estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su programa individual de atención (art. 9.4 RD 1051/2013).

Corresponderá a las CCAA o Administración que, en su caso, tenga la competencia, determinar los servicios, programas y actividades de los centros para cada grado de dependencia (art. 9.5 RD 1051/2013).

### F) *Servicio de atención residencial*

El servicio de atención residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. Se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona y puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de los cuidadores no profesionales (art. 25.1, 2 y 3 LAPAD).

Las CCAA o la Administración que, en su caso, tenga la competencia determinarán los servicios y programas de los centros para cada grado de dependencia (art. 10.4 RD 1051/2013).

El servicio de estancias temporales en centro residencial estará en función de la disponibilidad de plazas del Sistema en cada CA y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar (art. 10.5 RD 1051/2013).

## 2. PRESTACIONES ECONÓMICAS

El RD 1051/2013, de 27 de diciembre, establece los criterios para determinar las intensidades de la protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LAPAD. No obstante, las cuantías máximas de las prestaciones económicas se revisarán anualmente por el Gobierno, mediante Real Decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados con derecho a prestaciones (art. 13. RD 1051/2013).

Según la exposición de motivos del RDL-MESFO la clasificación en grados y niveles de la situación de dependencia no ha significado una diferenciación en las prestaciones y servicios que se reconocen a las personas beneficiarias dentro de un mismo grado e, incluso, entre niveles próximos de distintos grados. Ello ha producido, sigue diciendo la exposición de motivos, continuos procesos de revisión de la valoración, que ha hecho destinar recursos y tiempo que podrían haberse dedicado a la valoración de las personas con mayor grado de dependencia. Para solventarlo, se establece una nueva estructura manteniendo los tres grados en los que se clasifica la situación de dependencia, pero sin intervalos dentro de los grados, y la determinación de los grados se establecerán según el baremo, con lo que se pretende simplificar la gestión y atender de forma prioritaria a las personas con un mayor grado de dependencia que están pendientes de recibir atención al tiempo que se mejora el proceso de valoración de la dependencia y el procedimiento para el acceso a las prestaciones.

Las prestaciones económicas son las siguientes:

### A) *Prestación económica vinculada al servicio*

La prestación económica vinculada al servicio tendrá carácter periódico y se reconocerá, en los términos que se establezca cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la AGE y la correspondiente CA. Estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio (art. 17.1 LAPAD modificado por el art. 22.Cinco RDL-MESFO y art. 17.2 LAPAD).

### B) *Prestaciones económicas para cuidadores en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*

El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda y así lo establezca el programa individual de atención (arts. 14.4 y 18.1 LAPAD).



Se entenderá por cuidados no profesionales la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada (art. 2.5 LAPAD).

Podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. (art. 12.2 RD 1051/2013).

No obstante y de manera excepcional, la norma reglamentaria permite la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que no tenga parentesco, pero conviva con el dependiente cuando el dependiente de grado III y II tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención y en el caso de que el dependiente tuviese reconocido el grado I su domicilio debe estar en el entorno rural y no se exige convivencia (art. 12.3 RD 1051/2013).

Además de lo expuesto, para el acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar se exigen los siguientes requisitos (art. 12.4 RD 1051/2013):

- Que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.
- Que la persona cuidadora cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia.
- Que la persona cuidadora asuma formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia.
- Que la persona cuidadora realice las acciones formativas que se le propongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de la personas en situación de dependencia.
- Que la persona cuidadora facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria.

Estos cuidadores no profesionales estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y en situación de asimilada al alta, a efectos de prestaciones de jubilación e IP y muerte y supervivencia, derivados de accidente o enfermedad, cualquiera que sea su carácter, mediante la suscripción de un Convenio Especial (art. 3 RD 615/2007), el cual ha dejado de estar financiado por el Estado, a partir de la entrada en vigor del RDL-MESFO.

### C) *Prestación económica de asistencia personal*

La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria (art. 19 LAPAD modificado por el art. 22.Siete RDL-MESFO).

Se entenderá por asistencia personal el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal (art. 2.7 LAPAD).

#### D) *Apoyo financiero a las empresas para la promoción y desarrollo de infraestructuras*

Este apoyo financiero a las empresas se presta a través del Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, que fue creado por la Disposición Adicional 61.<sup>a</sup> de la LPGE para 2009 con dicha finalidad y sin personalidad jurídica. Las aportaciones al Fondo, cuya cuantía se fija anualmente en la respectiva LPGE, son aportadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y transferidas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) para su gestión de acuerdo con criterios y procedimientos de selección, concesión y control de la financiación establecidos en el convenio firmado para el ejercicio 2009 entre el Ministerio de Economía y Hacienda, el Ministerio de Sanidad y Política Social y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). El Fondo podrá dedicar parte de sus recursos a la constitución de Fondos que tendrían el mismo fin pero limitarían su ámbito de actuación a una Comunidad Autónoma, previa decisión por unanimidad de la Comisión de Inversiones y Seguimiento prevista en el citado convenio.

### VI. INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS

Como regla general se establece la incompatibilidad de las prestaciones económicas entre sí y con los servicios, excepto con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y de tele asistencia (art. 25 bis.1 LAPAD introducido por el art. 22.Nueve RDL-MESFO).

Por su parte, los servicios serán incompatibles entre sí, a excepción del servicio de tele asistencia que será compatible con el servicio de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal, de ayuda a domicilio y de centro de día y de noche (art. 25 bis.2 LAPAD introducido por el art. 22.Nueve RDL-MESFO). No obstante, las Administraciones Públicas competentes podrán establecer la compatibilidad entre prestaciones para apoyo, cuidados y atención que faciliten la permanencia en el domicilio a la persona en situación de dependencia.

En el supuesto de que el perceptor de una prestación económica de ayuda a la dependencia percibiera una prestación de análoga naturaleza y finalidad de cualquiera de los regímenes de protección social verá deducida de su cuantía el importe de la otra prestación, de manera específica se deducirá el complemento de gran invalidez, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75 por 100, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona de la LISM (art. 31 LAPAD).

### VII. VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La valoración de la situación de dependencia corresponde a los órganos públicos que determinen las CCAA, los cuales emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia de la persona con especificación de los cuidados que pueda requerir, todo ello sin perjuicio de que por parte del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establezcan unos criterios comunes de composición y actuación de dichos órganos de valoración (art. 27.1 LAPAD).

Por su parte, la valoración de los grados de dependencia se determinará mediante la aplicación de un baremo acordado en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y posteriormente aprobado mediante Real Decreto (art. 27.2 LAPAD). El baremo ha sido aprobado por el RD 1.971/1999, de 23 de diciembre (art. 2 y anexos I y II, según redacción dada por el art. único RD 1.364/2012, de 27 de septiembre). En este baremo se establecerán los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso (art. 27.3 LAPAD).

## VIII. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA Y REVISIÓN DEL GRADO

### I. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA

#### A) *Iniciación*

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación (art. 28.1 LAPAD).

#### B) *Tramitación*

Este procedimiento se tramitará según lo dispuesto en la LRJPAC, con las especificidades establecidas en la LAPAD (art. 28.1 LAPAD), sin perjuicio de que los criterios básicos del procedimiento sean acordados en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia (art. 28.5 LAPAD).

#### C) *Resolución*

La resolución por la que se reconoce la situación de dependencia será dictada por el órgano administrativo de la Administración Autonómica en la que tiene su residencia el solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado (art. 28.2 LAPAD), sin que en ningún caso puedan ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas la valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas (art. 28.6 LAPAD).

Las características comunes del órgano administrativo y de los profesionales que procedan al reconocimiento de la dependencia serán acordadas en el seno del Consejo Territorial del Sistema (art. 28.5 LAPAD).

En la resolución se determinarán los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado de dependencia (art. 28.3 LAPAD) y en el supuesto de que éste cambiara de residencia, la CA de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia (art. 28.4 LAPAD).

Una vez que la resolución administrativa ha reconocido la situación de dependencia y su correspondiente grado, por parte de los servicios sociales del sistema público se establecerá un programa individual de atención al dependiente en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución. En este programa participarán el beneficiario y, en su caso, su familia o entidades tutelares que le representen, salvo para la prestación económica por cuidados en el entorno familiar que corresponderá en exclusiva a la Administración competente (art. 29.1 LAPAD). El programa individual de atención podrá revisarse a instancia del interesado y de sus representantes legales, de oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa de las CCAA y con motivo del cambio de residencia a otra CA (art. 29.2 LAPAD).

### 2. REVISIÓN DEL GRADO DE DEPENDENCIA Y DE LA PRESTACIÓN RECONOCIDA

El grado de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones Públicas competentes, por mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia y por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo (art. 30.1 LAPAD).

No obstante, las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de sus obligaciones (art. 30.2 LAPAD).

## IX. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

La financiación del Sistema para la promoción personal y ayuda a la dependencia, según reza la exposición de motivos de la LAPAD, vendrá determinada por el número de personas en situación de dependencia y de los servicios y prestaciones a realizar, por lo que la misma será estable, suficiente, y sostenida en el tiempo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que correspondan a las Administraciones Públicas competentes y se determinará anualmente en los correspondientes Presupuestos (art. 32.1 LAPAD).

La financiación pública del nivel mínimo de protección correrá a exclusiva cuenta de la AGE que fijará anualmente los recursos económicos en la LPGE (arts. 9.2 y 32.2 LAPAD).

En el marco de cooperación interadministrativa, que como ya se ha dicho ha sido suspendida en el año 2013 (Disp. Adic. 84 LPGE 2013), en el año 2014 (Disp. Adic. 28ª LPGE), 2015 y 2016 (Disp. Adic. 76ª LPGE) por motivos de restricción de gasto público, los Convenios que se suscriban entre la AGE y cada una de las administraciones de las CCAA determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema. Estos Convenios, que podrán ser anuales o plurianuales, recogerán criterios de reparto teniendo en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad, emigrantes retornados y otros factores, y podrán ser revisados por las partes (arts. 10 y 32.3 LAPAD), teniendo en cuenta que la aportación de la CA será, para cada año, al menos igual a la de la AGE.

También está previsto legalmente que los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participen en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal (art. 33.1 LAPAD). Esta capacidad económica se tendrá también en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas (art. 33.2 LAPAD), estableciéndose los criterios de participación de los beneficiarios en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para lo cual se distinguirá entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros (art. 33.3 LAPAD). No obstante, existe la previsión legal de que ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos (art. 33.4 LAPAD).

## X. INFRACCIONES Y SANCIONES

Las Administraciones Públicas están obligadas a velar por la correcta aplicación de los fondos públicos destinados al Sistema, evitando la obtención o disfrute fraudulento de sus prestaciones y de otros beneficios o ayudas económicas que puedan recibir los sujetos que participen en el Sistema o sean beneficiarios del mismo, para lo cual establecerán medidas de control destinadas a detectar y perseguir tales situaciones mediante la vigilancia del cumplimiento de la LAPAD y en su caso, el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 39 LAPAD).

### I. INFRACCIONES

#### A) *Sujetos responsables*

Serán sujetos responsables de las infracciones tipificadas en la LAPAD las personas físicas o jurídicas que por sí mismos, conjuntamente o a través de persona interpuesta realicen los hechos constitutivos de

infracción y también tendrá la consideración de autores quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo (art. 42 LAPAD).

### *B) Tipificación de las infracciones*

Se considerarán infracciones las siguientes (art. 43 LAPAD):

- ✦ Dificultar o impedir el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la LAPAD.
- ✦ Obstruir la acción de los servicios de inspección.
- ✦ Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos.
- ✦ Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones establecidas en la LAPAD.
- ✦ Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia.
- ✦ Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia.
- ✦ Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia.
- ✦ Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica.
- ✦ Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes.

### *C) Calificación de las infracciones*

Las infracciones se calificarán en leves, graves y muy graves, de acuerdo con criterios de riesgo para la salud, gravedad de la alteración social producida por los hechos, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, número de afectados y reincidencia (art. 44.1 LAPAD).

#### *a) Infracciones leves*

Se calificarán como leves las infracciones cometidas por imprudencia o simple negligencia, y no comporten un perjuicio directo para las personas en situación de dependencia (art. 44.2 LAPAD).

#### *b) Infracciones graves*

Se calificarán como infracciones graves las que comporten un perjuicio para las personas, o se hayan cometido con dolo o negligencia grave. También tendrán la consideración de graves, aquellas que comporten cualquiera de las siguientes circunstancias (art. 44.3 LAPAD):

- ✦ Reincidencia de falta leve.
- ✦ Negativa absoluta a facilitar información o a prestar colaboración a los servicios de inspección, así como el falseamiento de la información proporcionada a la Administración.
- ✦ Coacciones, amenazas, represalias o cualquier otra forma de presión ejercitada sobre las personas en situación de dependencia o sus familias.

#### *c) Infracciones muy graves*

Se calificarán como infracciones muy graves todas las definidas como graves siempre que concurren alguna de las siguientes circunstancias (art. 44.4 LAPAD):

- ✦ Que atenten gravemente contra los derechos fundamentales de la persona.
- ✦ Que se genere un grave perjuicio para las personas en situación de dependencia o para la Administración.



- Que supongan reincidencia de falta grave, entendiéndose por reincidencia la comisión de una infracción por la que el sujeto hubiera sido ya sancionado por esa misma falta, o por otra de gravedad igual o mayor o por dos o más infracciones de gravedad inferior, durante los dos últimos años.

#### *D) Prescripción*

Las infracciones a que se refiere la presente Ley prescribirán: al año, las leves; a los tres años, las graves y a los cuatro años, las muy graves (art. 46.1 LAPAD), comenzándose a contar el plazo a partir del día que se haya cometido la infracción y se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador (art. 46.2 LAPAD).

## 2. SANCIONES

### *A) Tipos de sanciones*

Las infracciones a la LAPAD serán sancionadas por las administraciones competentes con las siguientes sanciones (art. 45.1 LAPAD):

- Pérdida de las prestaciones y subvenciones para las personas beneficiarias.
- Multa para los cuidadores no profesionales.
- Multa y, en su caso, pérdida de subvenciones, cese temporal de la actividad o cierre del establecimiento, local o empresa para las empresas proveedoras de servicios.
- El reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

### *B) Criterios de graduación de las sanciones*

La graduación de las sanciones será proporcional a la infracción cometida y se establecerá ponderándose según los siguientes criterios (art. 46.2 LAPAD):

- Gravedad de la infracción.
- Gravedad de la alteración social y perjuicios causados.
- Riesgo para la salud.
- Número de afectados.
- Beneficio obtenido.
- Grado de intencionalidad y reiteración.

### *C) Multas previstas en la LAPAD*

Las infracciones leves se sancionarán con multa de hasta 300 euros a los cuidadores y hasta treinta mil euros a los proveedores de servicios [art. 45.3.a) LAPAD].

Las infracciones graves se sancionarán con multa de trescientos a tres mil euros a los cuidadores; y de treinta mil uno a noventa mil euros a los proveedores de servicios [art. 45.3.b) LAPAD].

Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de tres mil uno a seis mil euros a los cuidadores; y de noventa mil uno hasta un máximo de un millón euros a los proveedores de servicios [art. 45.3.c) LAPAD].

*D) Otro tipo de sanciones diferentes a la multas*

Está prevista la posibilidad de que se acuerde la suspensión de prestaciones o subvenciones, entre uno y seis meses, según la gravedad de la infracción (art. 45.4 LAPAD).

Además, en los casos de especial gravedad, reincidencia de la infracción o trascendencia notoria y grave, las infracciones muy graves se sancionarán con la suspensión temporal de la actividad por un máximo de cinco años o, en su caso, con el cierre de la empresa o la clausura del servicio o establecimiento (art. 45.5 LAPAD).

Durante la sustanciación del procedimiento sancionador, la Administración competente podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión de cualquier tipo de ayudas o subvención de carácter financiero que el particular o la entidad infractora haya obtenido o solicitado de dicha Administración Pública (art. 45.6 LAPAD) y en el caso de infracciones graves o muy graves, y ante la posibilidad de causar perjuicios de difícil o imposible reparación, la Administración competente podrá acordar, como medida cautelar, el cierre del centro o la suspensión de la actividad (art. 45.7 LAPAD).

*E) Prescripción*

Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los cinco años, por faltas graves a los cuatro años y por faltas leves al año (art. 46.3 LAPAD).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C., y otros: *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos: una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2011.
- ASÍS, R.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, 2008.
- BARRAL VIÑALS, I., y otros: *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*, Madrid, 2010.
- BAVIERA PUIG, I.: *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Pamplona, 2007.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: «Las prestaciones de atención a la dependencia», *IL*, n.º 4/2007.
- *El Sistema para la autonomía y la atención de la dependencia*, Albacete, 2009.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: «La compatibilidad de protecciones concedidas a los cuidadores de familiares al fallecimiento del dependiente», *AS*, n.º 21/2010.
- BONETE PERALES, E.: *Ética de la dependencia: bases morales, debates políticos e implicaciones médicas de la Ley de Dependencia*, Madrid, 2009.
- CANTÓN HERNÁNDEZ, J.C.: *Características y necesidades de las personas en situación de dependencia*. Madrid, 2014.
- CASADO, D.: *Afrontar la discapacidad, el envejecimiento y la dependencia*. Madrid, 2011.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Ley de Dependencia*, Pamplona, 2007.
- DELGADO GARCÍA, A. M.; OLIVER CUELLO, R., y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Vejez, discapacidad y dependencia: aspectos fiscales y de protección social*, Barcelona, 2010.
- DONCEL FERNÁNDEZ, L. V., y GUTIÉRREZ BARBARRUSA, T.: *Las personas mayores y su situación de dependencia en España*, Madrid, 2006.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.): *La Calidad del empleo del nuevo sistema para la autonomía personal y la atención a la dependencia*, Valencia, 2007.
- FERNÁNDEZ COLLADO, M. B.: «Recensión al libro “La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” de A. Montoya Melgar», *REDT*, n.º 135/2007.
- GARCÍA CALVENTE, Y., y otros: *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Pamplona, 2007.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: «Protección de la dependencia en el Sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del sistema de autonomía y atención a la dependencia», *AL*, n.º 14/2007.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.): *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMÍNGUEZ, C. (coords.): *El estatuto jurídico del cuidador de las personas en situación de dependencia*, Madrid, 2009.
- MUNUERA GÓMEZ, M.P.: *Mediación y dependencia. Accesibilidad universal*. Pamplona, 2015.
- PÉREZ YÁÑEZ, R.: «Novedades en la protección de la dependencia y otras reformas de interés», *RL*, n.º 1/2008.
- «Los primeros desarrollos reglamentarios de la Ley de Dependencia. Pasos inaugurales de una larga senda normativa», *RL*, n.º 14/2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La protección social de la dependencia», *RL*, n.º 23/2006.
- ROQUETA BUJ, R.: *La protección de la dependencia: comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, 2007.
- SÁNCHEZ TRIGUERO, C., y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: «Sobre las infracciones y sanciones (estatales o autonómicas) en materia de Dependencia», *AS*, n.º 1/2008.

- SANZ MERINO, A. R.: «La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social: prestaciones complementarias de acción social y de servicios sociales. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)», en *Manual básico del Sistema de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- SORRIBAS PAREJA, M.: *Organización de la atención a las personas en situación de dependencia*. Barcelona, 2012.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Algunas observaciones críticas sobre el largo y tortuoso camino para el reconocimiento de la situación de dependencia», *AS*, n.º 14/2009.
- ZÁRATE RIVERO, M.B.: *El tratamiento de la dependencia como derecho social*. Valencia, 2012
- , y GAS AIXENDRI, M.: *La Familia en la ley de dependencia*, Barcelona, 2010.
- VVAA: *Propuesta sindical para promover la calidad del empleo de los nuevos servicios de atención a la dependencia: criterios de empleo a exigir en la acreditación de empresas y entidades prestadoras de servicios de atención a la dependencia*, Madrid, 2007.
- *La aplicación de la Ley de dependencia en España*. Madrid, 2013.
- *Deconstruyendo la dependencia: propuestas para una vida independiente*. Barcelona 2012
- *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*. Madrid, 2011.
- *Autonomía personal y dependencia: bases teóricas y práctica social*. Valencia 2011.
- *Instrumentos jurídicos para la protección sostenible de la dependencia*. Madrid, 2010





PARTE TERCERA.  
PROTECCIÓN SOCIAL PRIVADA



## CAPÍTULO 20.

### PROTECCIÓN SOCIAL PRIVADA: CARACTERIZACIÓN Y MODALIDADES

El artículo 41 CE configura un doble Sistema de Seguridad Social, por un lado, el régimen público, básico, obligatorio y suficiente de prestaciones al que hemos hecho referencia en los capítulos anteriores y por otro lado, un régimen de prestaciones voluntarias, libres y de carácter complementario.

En las prestaciones públicas, mínimas y obligatorias apenas tiene un estrecho margen la autonomía de voluntad de trabajadores y empresarios, precisamente por el marcado carácter público de las mismas y porque la titularidad del derecho a la negociación colectiva no coincide con los sujetos de la relación de Seguridad Social. Estos límites a la autonomía colectiva vienen determinados en los artículos 3 y 43.2 TRLGSS. El primero de ellos establece el principio de la irrenunciabilidad de los derechos de Seguridad Social, al considerar nulos los pactos, ya sean individuales o colectivos, por los que los trabajadores renuncien a los derechos reconocidos legalmente, lo cual nos hace llegar a la conclusión de que las normas de Seguridad Social se configuran como derecho necesario relativo en el ámbito de la protección social privada y que la negociación colectiva sólo puede mejorar lo establecido en la normativa de Seguridad Social. Por otro lado, el artículo 43.2 TRLGSS de una manera tajante afirma que la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva, salvo para el establecimiento de mejoras voluntarias.

El artículo 43.2 TRLGSS, que mantiene su redacción preconstitucional, aparentemente está en contraposición con el inciso último del artículo 41 CE. Sin embargo, tal contraposición no existe ya que el artículo 43.2 limita la contratación colectiva al sistema público y obligatorio de Seguridad Social, pero en modo alguno limita la protección social voluntaria. Estas prestaciones voluntarias pueden tener un carácter complementario de las prestaciones del sistema obligatorio o un carácter suplementario de las mismas, cubriendo sus lagunas de protección y son fruto de la iniciativa privada ya sea individual o colectiva. Sin embargo, esta libertad en su configuración no implica desregulación, ya que al Estado le compete establecer las reglas de juego para controlar los regímenes de previsión privada y garantizar los derechos y las expectativas de los particulares.

En el presente tema, además de caracterizar la protección social voluntaria, se van a estudiar sus distintas formas, dotadas cada una de ellas de un régimen jurídico propio y no exento de cierta complejidad. También se hace constar que la Asistencia Social y los Servicios Sociales, aunque tienen carácter complementario de las prestaciones obligatorias de Seguridad Social, no forman parte de la protección social voluntaria dado que se trata de auténticos derechos subjetivos que configuran la acción protectora asistencial de la Seguridad Social como ya se estudió en el Capítulo 14.

## I. CARACTERIZACIÓN

### I. CONCEPTO Y CARACTERES

#### A) *Concepto*

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, ni tan siquiera en el comunitario, un concepto de protección social ni por ende de protección social voluntaria, por lo que es necesario acudir a la doctrina científica para aproximarnos al mismo. No obstante, se debe partir del artículo 41 CE, el cual distingue en el sistema de protección unas prestaciones de carácter público, mínimas, básicas, obligatorias y suficientes y unas prestaciones complementarias libres. Estas últimas son las que configuran la protección social voluntaria, al considerar que cuando la CE habla del término libre se está refiriendo a voluntario, contraponiéndolo a obligatorio, lo que debe interpretarse siguiendo la voluntad del constituyente en el sentido de que los particulares tienen libertad para la organización de todo tipo de dispositivos de protección social encaminados al mismo fin público de proteger las situaciones de necesidad (STC 206/1997), existiendo todo un elenco inclasificable de medidas de protección (STC 208/1988).

De una manera descriptiva una gran parte de la doctrina define la protección social voluntaria como el conjunto de técnicas variadas y complejas, de carácter voluntario, dotadas de un régimen jurídico diferente entre sí, que tienen como finalidad complementar las prestaciones del sistema obligatorio de Seguridad Social, en unos casos, y en otros casos suplementándolas, pudiéndose concertar estas medidas de una manera individual o de una manera colectiva.

En análogo sentido, otros autores definen la protección social voluntaria como el conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, nunca sustituyéndolos, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo.

Por último, otro sector doctrinal, atendiendo al adjetivo social que presupone la intervención de una tercera persona para atender necesidades de otros, define la protección social voluntaria como el conjunto de medidas previstas en el ordenamiento jurídico y otorgadas por el empresario de forma adicional a las que ordena el régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de Seguridad Social, ya sea de manera voluntaria o a través de la negociación colectiva. De esta definición se desprende que no forman parte del concepto de protección social las medidas que cada sujeto individualmente considerado se dispensa así mismo a través de los distintos instrumentos financieros de ahorro previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

#### B) *Caracteres*

De las distintas definiciones expuestas se pueden extraer las siguientes notas características:

- ✦ Voluntariedad: tanto en su implantación como en la extensión de las prestaciones que dispensan. Ahora bien, una vez implantadas no pueden ser suprimidas o modificadas por la decisión unilateral de quien las ha concedido.
- ✦ Naturaleza privada, ajena al Sistema de la Seguridad Social: esto quiere decir que frente a la lógica de la igualdad y de la solidaridad propia de la Seguridad Social, en la protección social voluntaria rige la lógica de la autonomía y de la diferencia como mantiene cierto sector doctrinal, aunque otros autores sostengan que la protección social voluntaria puede tener naturaleza pública y/o privada al entender que en el artículo 41 CE no hay una opción privatista en el ámbito de la protección social voluntaria, aunque el legislador ordinario haya optado por la iniciativa privada.

- Universal y/o profesional: a la protección social voluntaria puede acceder cualquier sujeto incluido en cualquiera de las dos ramas o niveles que integran la Seguridad Social, la contributiva y la asistencial.
- Individuales y/o colectivas: según cubran las necesidades de previsión de un grupo de personas como tal (colectivo) o de una serie de individuos tomados uno a uno (individual), quedando fuera del concepto de previsión social voluntaria las medidas de autoprotección a través del ahorro privado de los propios beneficiarios.
- Complementariedad y/o suplementariedad: el carácter complementario presupone la existencia de prestaciones básicas del sistema obligatorio y el carácter suplementario permite la posibilidad de cubrir las lagunas de protección del sistema obligatorio.
- Se financian con fondos privados de los asegurados (STC 208/1988).
- Complejidad y variedad de técnicas: hay técnicas de protección social voluntarias ubicadas en normas típicas de Seguridad Social (mejoras voluntarias); otras insertadas en normas reguladoras de las diversas modalidades de aseguramiento privado (como ocurre con el Seguro de personas y las mutualidades de previsión social); y otras reguladas de forma autónoma e independiente (como los Planes y Fondos de Pensiones).

## 2. MODALIDADES

Aunque la tendencia legislativa de los últimos años haya sido la promoción, estímulo y divulgación de la protección social privada, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un cuerpo legislativo que de coherencia a la variedad y complejidad de técnicas que configuran este tipo de protección, a pesar de la recomendación decimocuarta del Pacto de Toledo que insiste en la necesidad de organizar y uniformar el sistema. Así lo ha entendido, también, la LAAMSS (Disp. Adic. 19.<sup>a</sup>) cuando ha ordenado al Gobierno para que en un plazo de seis meses, a partir de 1 de enero de 2013, remita al Congreso de los Diputados un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en nuestro país. Por otra parte, el legislador ordinario no parece que haya dado la misma importancia a todas las modalidades de previsión voluntaria, decantándose claramente por alguna de ellas e incluso ha intervenido activamente en su configuración jurídica, como ha ocurrido con los planes y fondos de pensiones, los cuales no parecen que hayan respondido a las expectativas creadas especialmente en cuanto a su rentabilidad, ya que muchos de ellos no alcanza ni siquiera al IPC, lo que está siendo motivo, entre otros factores, de la necesidad de la reforma de las pensiones públicas.

Las modalidades de protección social privada son las siguientes:

- Mejoras voluntarias.
- Planes y Fondos de Pensiones.
- Mutualidades de Previsión Social.
- Contrato de seguro colectivo.

## II. MODALIDADES: MEJORAS VOLUNTARIAS

En su origen las mejoras voluntarias no fueron creadas para estimular la iniciativa privada, individual o colectiva, sino para evitar el empobrecimiento general del Sistema de la Seguridad Social. De forma embrionaria se regularon en el D. 56/1963, de 17 de enero y de una forma más precisa en la primera LGSS de 1966 y en la OM de 28-12-1966.

Esta primera normativa atribuía a estas prestaciones complementarias los mismos caracteres que los regulados para las prestaciones (art. 1.3 OM 28-12-1966) y las integraban a todos los efectos en la acción protectora de la Seguridad Social, contribuyendo a la financiación de la protección social pública



a través de dos tipos de mejoras: las «directas» y las «indirectas». Dentro de estas últimas se incluían el aumento de las bases de cotización y el establecimiento de tipos de cotización adicionales. El aumento de bases de cotización fue derogada tácitamente, con la entrada en vigor de la LGSS/74, como consecuencia del cambio operado en el sistema de cotización, y el establecimiento de tipos adicionales ha persistido en el TRLGSS, pero apenas se ha utilizado por la negociación colectiva. Por su parte, las mejoras directas se establecían con carácter subsidiario en relación con las mejoras por aumento de la base de cotización, quedando condicionadas al agotamiento de éstas, de tal manera que sólo cuando la prestación de Seguridad Social hubiese llegado al límite (retribución del trabajador y tope máximo de cotización) podía rebasar la mejora directa ese límite. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la LGSS/74 y como consecuencia de la derogación tácita del incremento de las bases de cotización, se liberalizan las mejoras directas.

En la actualidad, la normativa vigente en la materia la constituyen los artículos 43, 238 y 241 TRLGSS y la OM 28-12-1966 que sigue siendo el único desarrollo reglamentario, a pesar de que se aprobó bajo la vigencia de la primera LGSS de 1966 que como se acaba de ver tenía una finalidad muy distinta a la actual respecto a las mejoras voluntarias.

## I. CONCEPTO Y CARACTERES

### A) Concepto

La normativa vigente no establece un concepto legal de mejora voluntaria, por lo que una vez más se debe acudir a la doctrina para poder llegar a una aproximación del mismo.

Las mejoras voluntarias son definidas por algún sector doctrinal como las obligaciones contraídas por el empresario con sus trabajadores, derivadas de su propia voluntad o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva, que tienen por objeto mejorar la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social.

En análogo sentido, algún autor define las mejoras voluntarias como el conjunto de obligaciones empresariales frente a sus trabajadores, asumidas fundamentalmente a través de convenio colectivo (aunque también a través de título individual e incluso unilateral por decisión del empresario), y dirigidas a mejorar la acción protectora de la Seguridad Social.

Atendiendo a su sentido teleológico, las mejoras voluntarias se pueden definir como las obligaciones empresariales asumidas, bien por decisión propia, o bien como consecuencia de la negociación colectiva y que tienen por objeto complementar la acción protectora del Sistema de Seguridad Social con el fin de poder garantizar a sus beneficiarios la sustitución de rentas de activo.

### B) Caracteres

De estas definiciones de mejoras voluntarias se pueden extraer las siguientes notas características:

- ✦ Su implantación es fruto de la iniciativa privada del empresario como consecuencia de una decisión unilateral o por una obligación contraída en la negociación colectiva.
- ✦ Las mejoras voluntarias constituyen la única excepción a la prohibición de disponer por la negociación colectiva de las prestaciones de Seguridad Social (art. 43.2 TRLGSS).
- ✦ El objeto de las mejoras voluntarias consiste en complementar los riesgos o contingencias previstas por el Sistema de Seguridad Social y *a sensu contrario*, no se consideran mejoras voluntarias las decisiones empresariales que no complementan riesgos o contingencias de Seguridad Social, sino acciones sociales, tales como bolsas de estudio, economatos, guardería.
- ✦ Una vez implantadas no pueden ser anuladas o disminuidas por decisión unilateral del empresario, sino que hay que atenerse a las normas que regulan su reconocimiento (art. 238, párrafo 2º TRLGSS).

- El coste de las mejoras voluntarias corre a cargo de las empresas y excepcionalmente está prevista la posibilidad legal de poder establecer una aportación económica para los trabajadores, siempre que se les faculte para poder acogerse o no a las mejoras concedidas por el empresario con tal condición (art. 238, párrafo 1º TRLGSS).
- Las mejoras voluntarias forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 1.3 OM 28-12-1966) aunque no les son aplicables todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones, tanto en lo relativo a su gestión, como a su contenido y requisitos, estando a lo previsto en el instrumento jurídico que las implante. A las mejoras voluntarias no les afecta, pues: los períodos de carencia de las prestaciones, la revalorización (pueden tenerla pero no está garantizada), la base reguladora y porcentajes, el régimen de responsabilidad subsidiaria del INSS al ser una obligación del empresario, la automaticidad o alta presunta ni se le aplica el recargo de las prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Estas limitaciones han hecho que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan considerado que las mejoras no forman parte técnicamente de la Seguridad Social, sino que se trata de un instrumento de protección complementario externo al Sistema de Seguridad Social.
- Las mejoras voluntarias pueden gestionarse directamente por las empresas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales y Mutualidades de Previsión Social o entidades aseguradoras de cualquier clase (art. 240 TRLGSS). No obstante, las gestionadas por fondos internos de las empresas se regirán por los pactos o reglas que las hayan creado y en su defecto por el TRLGSS y las externalizadas se regirán por los pactos o reglas que las hayan creado y en su defecto por la normativa específica del instrumento privado de gestión —LRPFP, TRLOSSP y RD 1.588/1999— y en su defecto, por el TRLGSS.

## 2. CLASES DE MEJORAS VOLUNTARIAS

En la actual legislación están previstas dos tipos de mejoras voluntarias (art. 238 TRLGSS):

- Las mejoras directas de las prestaciones, y
- El establecimiento de tipos de cotización adicionales.

### A) Mejoras directas

Las mejoras directas de las prestaciones, como ya se ha dicho, tenían inicialmente un carácter subsidiario (art. 11 OM 28-12-1966) respecto a las mejoras por aumento de las bases de cotización y a partir de la entrada en vigor de la LGSS/74 se liberalizan como consecuencia de la derogación tácita de las mejoras por aumento de las bases de cotización. Actualmente, las mejoras directas es la modalidad de mejora voluntaria que tiene una mayor efectividad real. Para el TC las mejoras directas son proyecciones de la acción protectora de la Seguridad Social, pero fuera de su núcleo institucional garantizado constitucionalmente (STC 206/1997).

Las mejoras directas pueden adoptar diversas formas atendiendo a su libertad de implantación: puede tratarse de mejoras complementarias de la protección básica y obligatoria del Sistema de Seguridad Social, esto es, cuando se mejora las mismas prestaciones contributivas del régimen público y se utiliza la misma estructura prestacional (v. gr., un complemento sobre la pensión de jubilación), o puede tratarse de mejoras suplementarias o autónomas que protegen las mismas contingencias cubiertas en el Sistema de Seguridad Social pero a través de prestaciones con una estructura diferente (v. gr., entrega de una cantidad a tanto alzado por jubilación).

A su vez las mejoras directas, en atención a su forma de gestión, las podemos clasificar en mejoras voluntarias de prestaciones temporales (IT, maternidad y desempleo), en las que el empresario mantiene la opción de gestionarlas directamente o a través de otras instituciones (art. 240.1 TRLGSS) y en mejoras

voluntarias de pensiones (jubilación, IP total, absoluta y gran invalidez y muerte y supervivencia), también conocidas como compromisos de pensiones, para las que no existe la libertad de opción, por lo que los empresarios no pueden gestionarlas por sí mismos o a través de fondos internos, sino que obligatoriamente deben externalizarse (Disp. Adic. 11.ª LOSSP).

El coste de las mejoras directas, como también se ha dicho, corre a cargo de las empresas y excepcionalmente está prevista la posibilidad legal de que previa aprobación del MTIN, actualmente MEYSS, se pueda establecer una aportación económica por parte de los trabajadores, siempre que se les faculte para poder acogerse o no a las mejoras concedidas por el empresario con tal condición (art. 239, párrafo primero TRLGSS).

#### *B) Establecimiento de tipos de cotización adicionales*

A instancia de los interesados existe la posibilidad legal de que el MTIN, actualmente MEYSS, apruebe cotizaciones adicionales a la Seguridad Social, mediante el aumento de tipo de cotización, con la finalidad de revalorizar las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras (art. 241 TRLGSS).

Esta mejora directa de las prestaciones, a pesar de su vigencia, ha sido muy poco utilizada por la negociación colectiva, hasta el punto de poderla considerar hoy en día como totalmente inoperante, salvo en el caso del RETA que permite mejorar las prestaciones mediante el incremento voluntario de la cotización. La causa principal de esta inoperancia quizás sea debida al carácter estricto de su regulación (capítulo IV OM 28-12-1966).

En puridad este tipo de mejora voluntaria no debe considerarse como un mecanismo de protección complementaria externa a la Seguridad Social, ya que aunque tenga un carácter voluntario, es un mecanismo que juega dentro del Sistema de Seguridad Social.

### **3. IMPLANTACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS**

El artículo 41 CE consagra el principio de libertad en la implantación de las mejoras voluntarias, existiendo actualmente una dualidad de fuentes de implantación de las mejoras voluntarias: la decisión unilateral del empresario o pacto extraestatutario y la negociación colectiva. Una y otra tienen un régimen jurídico distinto (STS 13-7-1998). La implantación por decisión unilateral del empresario sólo se considerará mejora voluntaria cuando afecte a colectivos y no a personas concretas. No es precisa la forma escrita, salvo que el trabajador tenga que participar en el coste de la mejora voluntaria (art. 239, párrafo primero TRLGSS) dado que, entonces, debe constar la aceptación voluntaria e individual de cada trabajador.

La decisión unilateral del empresario y la negociación colectiva, sin embargo, no gozan de libertad absoluta para implantar las mejoras voluntarias, ya que dicha decisión se encuentra limitada por la propia CE, por el TRLGSS y por lo dispuesto en el propio Convenio. La implantación de las mejoras voluntarias deberá respetar en todo caso el derecho a la igualdad y la no discriminación entre los trabajadores, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14 CE. La mejora voluntaria tampoco podrá afectar a la base de cotización ni a ningún otro elemento configurado por el TRLGSS, como puedan ser la relación jurídica de Seguridad Social, las obligaciones de los sujetos, las contingencias protegidas, los requisitos del hecho causante, el contenido de la prestación etc., sin que la autonomía individual ni la colectiva puedan alterar lo dispuesto en la misma. De ahí que algunos autores consideren que no se trata de mejoras voluntarias *strictu sensu* sino regímenes de previsión privados, externos al Sistema de Seguridad Social, aunque el artículo 1.3 OM 28-12-1966 considere que forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social. Sin embargo, la legislación actual las diferencia de las prestaciones de Seguridad Social [art. 2.g) y o) LJS] y la jurisprudencia (STC 199/1990 y STS 13-1-1997) entienden que técnicamente no forman parte de la Seguridad Social ni tienen todas las características atribuidas a las prestaciones.

Las mejoras implantadas por decisión unilateral del empresario o por pacto extraestatutario se incorporan a los contratos de trabajo de sus beneficiarios como condición más beneficiosa (STS 19-4-1996). Por el contrario, las mejoras voluntarias implantadas a través de la negociación colectiva adquieren carácter de norma entre los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

#### 4. SUPRESIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Cuando un trabajador haya causado derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento (art. 239, segundo párrafo TRLGSS). Con ello quiere decirse que una vez que una mejora voluntaria ha sido implantada deviene en obligatoria para el empresario, sin que pueda modificarla o suprimirla por su estricta voluntad.

En el supuesto de que la mejora tenga su origen en una decisión unilateral del empresario o en un pacto extraestatutario, la mejora forma parte del contenido de los contratos individuales de trabajo, convirtiéndose, como ya se ha dicho, en una condición más beneficiosa (STS 19-3-2001), la cual solamente podrá novarse con el consentimiento del trabajador o a través del procedimiento establecido para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 TRLET) en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*. Se trata de una modificación como consecuencia de situaciones excepcionales, producidas por acontecimientos posteriores e imprevisibles al acuerdo inicial. Estas variaciones sustanciales han de ser desproporcionadas, inusitadas o exorbitantes con quiebra del equilibrio contractual, de tal manera que el principio *pacta sunt servanda* resulte extremadamente oneroso para una parte (STS 4-7-1994). Los Tribunales aplican la cláusula *rebus sic stantibus* con carácter excepcional a las mejoras voluntarias, cualquiera que sea el origen de éstas, siempre que se pruebe la certeza de la causa invocada (SSTS 26-3-1996 y 19-4-1996).

Cuando la fuente de implantación es el convenio colectivo, la mejora voluntaria, como también se ha dicho, adquiere el carácter de norma por lo que rige el principio de orden normativo o de modernidad, según el cual una norma más moderna en el tiempo prevalece sobre otra anterior, siempre que sea de igual o superior rango. A continuación se va a examinar distintos supuestos de sucesión de convenios en el tiempo:

- ✦ Un convenio denunciado y concluida la duración pactada, la vigencia de las cláusulas que contengan mejoras voluntarias se producirá en los términos que se estuviesen establecido en el propio convenio. Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá vigencia, salvo pacto en contrario y se aplicará si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación (art. 86.3 TRLET).
- ✦ Las mejoras de la Seguridad Social y sus modificaciones entran dentro del ámbito de la contratación colectiva y la contratación colectiva puede modificar dichas mejoras, reducirlas e incluso suprimirlas (STS 9-2-1999).
- ✦ Los tribunales tienden a negar la operatividad de los efectos retroactivos de un convenio respecto a las mejoras voluntarias.
- ✦ La modificación o supresión de las mejoras voluntarias como consecuencia de la sucesión de convenios solamente podrá llevarse a cabo por las partes negociadoras de los mismos.
- ✦ El Convenio que sucede a uno anterior lo deroga en su integridad, salvo en los aspectos que expresamente se mantengan (art. 86.4 TRLET). En el caso de expectativas de derechos se producirá su pérdida (SAN 23-6-1993), no ocurre lo mismo con los derechos consolidados por las mejoras, a las que será de aplicación el artículo 239 TRLGSS, estando a lo que diga el convenio que las implantó (STS 16-7-2003).

- La revalorización de las cuantías asignadas en concepto de mejora no son derechos consolidados, por lo que tendremos que estar a lo establecido en el convenio, si se pactó un porcentaje concreto o una revalorización anual. En este último caso la revalorización estará en función de los convenios posteriores.

## 5. GESTIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

El artículo 240 TRLGSS establece los distintos modos de gestión de las mejoras directas de las prestaciones de Seguridad Social, fijando el derecho de opción al empresario de gestionar directamente estas mejoras a través de fondos propios internos o acudir a entidades externas a la empresa como la propia Administración de la Seguridad Social, las Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o entidades aseguradoras de cualquier clase.

Esta libertad de opción reconocida en la LGSS en el TRLGSS ha sufrido importantes restricciones a partir de la entrada en vigor de la LOSSP de 1995, actualmente derogada por el TRLOSSP, al exigir que los denominados compromisos de pensiones asumidos por las empresas, incluidas las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, o a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos (Disp. Adic. 11.<sup>a</sup> LOSSP, actualmente recogida en la Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> TRLRFPF). La LAAMSS ha dado una nueva redacción al párrafo primero de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> TRLRFPF, con efectos de 1 de enero de 2013, determinando que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentalizarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos, quedando limitada la responsabilidad de las empresas, una vez instrumentados, al cumplimiento de las obligaciones fijadas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones (Disp. Final 4.<sup>a</sup> LAAMSS). En consecuencia, a partir de la LOSSP ya no pueden gestionarse mejoras voluntarias en materia de pensiones a través de los fondos internos de las empresas sino que deben externalizarse. Este proceso de externalización no es otra cosa que la trasposición a nuestro derecho del artículo 8 de la Directiva 80/987, de 20 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que exige a los Estados que adopten medidas para proteger los intereses de los trabajadores, pero sin concretar tales medidas. El legislador español ha considerado como medida más que suficiente la externalización de los compromisos de pensiones, a través de contratos de seguro o plan de pensiones, por lo que al tratarse de patrimonios diferenciados respecto al de la empresa no se verán afectados en caso de insolvencia de ésta.

Por compromisos de pensiones se entienden los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias de jubilación o situación asimilable, la incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo y la muerte del partícipe que puede generar derecho a una pensión de viudedad u orfandad (art. 8.5 y 6 LRPFP). Estas contingencias podrán dar lugar a prestaciones en forma de capital, en forma de renta, temporal o vitalicia o en forma de capital-renta.

Como conclusión, podemos afirmar que a partir de 1995 desaparece la libertad de opción prevista en el TRLGSS para la gestión de las mejoras voluntarias de pensiones, permaneciendo, sin embargo, dicha opción respecto a las mejoras voluntarias de prestaciones temporales (básicamente IT, maternidad y desempleo).

Este proceso de externalización de los compromisos de pensiones ha supuesto una desnaturalización de la configuración jurídico positiva de las mejoras directas (STS 17-1-1996), y respecto a las mejoras voluntarias de prestaciones temporales en las que se mantiene la libertad de opción y que pueden gestionarse directamente por el empresario se plantea por la doctrina la cuestión de si se cumplen las exigencias de garantías de la Directiva 80/987 en caso de insolvencia del empresario.



### III. MODALIDADES: PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

En la actualidad se encuentran regulados en el TRLRFPF de 2002 como una consecuencia de lo dispuesto en el último inciso del artículo 41 CE al establecer que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. El TRLRFPF ha tenido su desarrollo reglamentario por el RD 304/2004, de 20 de febrero, el cual ha sufrido importantes modificaciones.

#### I. CONCEPTO Y CLASES

##### A) Concepto y clases de Planes de Pensiones

###### a) Concepto de Plan de Pensiones

El TRLRFPF no da una definición legal de lo que debe entenderse por planes de pensiones, limitándose a determinar su naturaleza en el artículo 1, por lo que una vez más hay que acudir a la doctrina para poder aproximarnos a su concepto.

De una manera muy genérica se pueden definir los planes de pensiones como instituciones de previsión social, carentes de personalidad jurídica y de naturaleza contractual.

De una manera más concreta y descriptiva algún autor ha definido el plan de pensiones como un contrato de carácter privado, voluntario o facultativo en el que se definen los derechos y obligaciones de los partícipes y beneficiarios y que genera un programa privado de ahorro con el fin de formar un capital o fondo económico que sirva de soporte al abono de prestaciones cuando se produzca el hecho causante.

En análogo sentido, cierto sector doctrinal atendiendo a lo dispuesto en el TRLRFPF y a la STC 206/1997, define los planes de pensiones como un acuerdo contractual de estructura compleja, con un contenido mínimo fijado en el TRLRFPF, cuya finalidad es garantizar a los beneficiarios unas prestaciones de carácter privado, en forma de renta o capital, cuando se produzcan determinadas contingencias.

Por último, otro sector doctrinal entiende los planes de pensiones como programas organizados de ahorro, de carácter facultativo y contractual, para la provisión de prestaciones económicas a favor de determinados grupos o colectivos de personas delimitados en la fuente base de implantación, con la finalidad de garantizar, cuando se produzca el hecho causante, una renta o capital con arreglo a las condiciones establecidas en el acuerdo.

De estas definiciones se desprende que en los planes de pensiones existen unos elementos personales y unas contingencias susceptibles de ser cubiertas.

###### a') Elementos personales

- ✦ Por lo que respecta a los elementos personales que intervienen en un plan de pensiones podemos afirmar que son: los sujetos constituyentes del mismo —promotor y partícipes— y los beneficiarios (art. 3 TRLRFPF).
  - Se considerará promotor del plan cualquier entidad, corporación, sociedad, empresa, asociación, sindicato o colectivo de cualquier clase que insten a su creación o participen en su desarrollo.
  - Los partícipes son las personas físicas en cuyo interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones.
  - Los beneficiarios del plan de pensiones son las personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes.

### b') Contingencias susceptibles de ser cubiertas

Por lo que respecta a las contingencias susceptibles de ser cubiertas en un plan de pensiones, serán las siguientes (art. 8.6 TRLRFPF según redacción dada por la Disp. Final 9.<sup>a</sup> LPGE 2013):

- ✦ Jubilación: para la determinación de esta contingencia se estará a lo previsto en el Régimen de Seguridad Social correspondiente. Cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entenderá producida a partir de que cumpla la edad legal de jubilación, en el momento en que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional, y no se encuentre cotizando para la contingencia de jubilación para ningún Régimen de la Seguridad Social. Ahora bien, está previsto que el Gobierno, en el marco del informe sobre la Recomendación 16.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo, realice propuestas para proceder a regular la posibilidad del rescate de las aportaciones realizadas a planes y fondos de pensiones, una vez se alcance la edad legal de jubilación del partícipe, aun cuando se compatibilice el disfrute de la pensión de jubilación del Sistema de la Seguridad Social con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia (Disp. Adic. 5.<sup>a</sup> RDL-CONVILA). No obstante, podrá anticiparse la percepción de la prestación correspondiente a partir de los sesenta años de edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente y también se podrá disponer de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual (Disp. Adic. 7.<sup>a</sup> TRLRFPF, según redacción dada por la Disp. Final 1.<sup>a</sup> LEMORSO). Los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo a consecuencia de expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral. Por último, comentar que a partir del acceso a la jubilación, el partícipe podrá seguir realizando aportaciones al plan de pensiones. No obstante, una vez iniciado el cobro de la prestación de jubilación o el cobro anticipado de la prestación correspondiente a jubilación, las aportaciones sólo podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia. El mismo régimen se aplicará cuando no sea posible el acceso a la jubilación, a las aportaciones que se realicen a partir de la edad legal de jubilación. Todo lo expuesto sin perjuicio de las aportaciones que hagan los promotores de los planes de pensiones del sistema de empleo a favor de los beneficiarios.
- ✦ IP total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez: para la determinación de estas situaciones se estará a lo previsto en el régimen de la Seguridad Social correspondiente. Reglamentariamente podrá regularse el destino de las aportaciones para contingencias susceptibles de acaecer en las personas incursas en dichas situaciones.
- ✦ Fallecimiento del partícipe o beneficiario, que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas.
- ✦ Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la LAPAD.

### b) Clases de Planes de Pensiones

Los planes de pensiones los podemos clasificar en atención a los sujetos constituyentes (art. 4.1 TRLRFPF) y en atención a las obligaciones estipuladas (arts. 4.2 TRLRFPF y 16 RD 304/2004).

#### a') Sujetos constituyentes

En atención a los sujetos constituyentes, los planes de pensiones se clasifican en planes de sistema de empleo, planes de sistema asociado y planes de sistema individual.

- En los planes del sistema de empleo el promotor es cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, siendo sus partícipes los empleados y su fuente de implantación es la negociación colectiva.
- En los planes del sistema asociado, el promotor es una asociación o sindicato, siendo los partícipes los asociados, miembros o afiliados.
- En los planes del sistema individual el promotor son las entidades financieras y los partícipes son las personas físicas con carácter indiferenciado que no tengan relación laboral con aquéllas y sus parientes hasta el tercer grado inclusive. Estos planes sólo podrán ser de modalidad de aportación definida, como definiremos a continuación.

#### b') Obligaciones estipuladas

Atendiendo a las obligaciones estipuladas los planes de pensiones pueden adoptar las siguientes modalidades: planes de prestación definida, planes de aportación definida y planes mixtos.

- En los planes de prestación definida se determina la cuantía de la prestación que corresponde percibir por los sujetos beneficiarios. La definición de la prestación podrá realizarse en términos absolutos o en función de alguna magnitud como salarios, antigüedad en la empresa, percepciones complementarias u otras variables susceptibles de servir de referencia. También se considerarán de esta modalidad a aquellos planes que en sus especificaciones establezcan un funcionamiento que tenga como objetivo primordial y continuado proporcionar a los partícipes un determinado nivel de prestaciones, previéndose en especificaciones mecanismos de financiación o ajustes sistemáticos para tal finalidad.
- En los planes de aportación definida se determina la cuantía de la aportación de los promotores y en su caso de los partícipes al Plan, pero no garantiza ni define la cuantía de las prestaciones futuras. La aportación podrá fijarse en términos absolutos o en función de otras magnitudes como salarios, flujos empresariales, cotizaciones a la Seguridad Social u otras variables susceptibles de servir de referencia. Las prestaciones, por su parte, se determinarán a partir del acaecimiento de la contingencia o al abonarse las prestaciones, como resultado del proceso de capitalización desarrollado por el plan.
- En los planes mixtos se determina simultáneamente la cuantía de la prestación y la cuantía de la aportación. De manera particular, se entienden incluidos en esta modalidad: los planes en los que, estando definida la cuantía de las aportaciones, se garantiza la obtención de un tipo de interés mínimo en la capitalización de aquéllas o una prestación mínima; los planes en los que, estando definida la cuantía de las aportaciones, se garantice la obtención de un tipo de interés determinado en la capitalización de las aportaciones realizadas y aquellos planes que combinan la aportación definida para alguna contingencia, colectivo o subplan, con la prestación definida para otra u otras de las contingencias, colectivos o subplanes.

### B) Concepto y clases de Fondos de Pensiones

#### a) Concepto de fondos de pensiones

Los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los planes de pensiones (arts. 2 TRLRFPF y 2.1 RD 304/2004), pudiendo definirse como patrimonios sin personalidad jurídica afectos a los planes de pensiones y donde se invierten las aportaciones de cada partícipe. De ahí que cada plan de pensiones mantenga una cuenta de posición en el Fondo de Pensiones que representa la participación económica en el mismo, quedando reservada la denominación de fondos de pensiones, así como sus siglas a los constituidos legalmente.

Los fondos de pensiones serán administrados necesariamente por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria (art. 2.2 RD 304/2004) y se podrán constituir para la instrumentación de varios planes de pensiones o de un único plan (art. 2.3 RD 304/2004). Asimismo, en los fondos de pensiones se constituirá una comisión de control que será representativa de los planes de pensiones adscritos, salvo en aquellos fondos integrados exclusivamente por planes del sistema individual promovidos por la propia entidad (art. 2.4 RD 304/2004).

Los fondos de pensiones serán gestionados por sociedades anónimas, cuyo objeto exclusivo sea la administración de dichos fondos y por entidades aseguradoras autorizadas para operar en España en el ramo de seguro directo sobre la vida, y por las mutualidades de previsión social (art. 4.1 RD 304/2004). Por su parte, la custodia y depósito de los valores mobiliarios y demás activos financieros integrados en los fondos de pensiones corresponderá a una entidad depositaria establecida en España, pudiendo ser entidades depositarias de fondos de pensiones las entidades de crédito (art. 4.2 RD 304/2004).

#### b) Clases de fondos de pensiones

Los fondos de pensiones se pueden clasificar en función de los siguientes criterios: atendiendo al número de planes integrados en él mismo, en razón de las inversiones y por último en función de las modalidades de planes que integren.

En función de los planes de pensiones integrados en el mismo los fondos de pensiones se pueden clasificar en: fondos que integran un solo plan y fondos que integran más de un plan de pensiones (art. 3.3 RD 304/2004).

Atendiendo a las inversiones los fondos se clasifican en: fondos de pensiones abiertos, que son aquellos que pueden recibir las inversiones de otros fondos y fondos de pensiones cerrados que son aquellos que instrumentan exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él (art. 56.2 RD 304/2004).

Por último, en función de las modalidades de planes que integran los fondos de pensiones los clasificaremos en: fondos de pensiones de empleo, cuyo ámbito se circunscribe a los planes del sistema de empleo [arts. 10.4 TRLRFPF y 3.3.a) RD 304/2004] y fondos de pensiones personales destinados a los planes del sistema asociado y/o individual [art. 3.3.b) RD 304/2004].

## 2. PRINCIPIOS BÁSICOS

En nuestro derecho y como consecuencia del mandato constitucional del último inciso del artículo 41 CE existe libertad para constituir sistemas de protección social voluntarios al margen del régimen público de Seguridad Social. Sin embargo, una vez adoptada la decisión de formalizar un plan de pensiones, éste tiene que ajustarse a unos principios que lo configuran y determinan su organización y funcionamiento.

Estos principios se encuentran enumerados en el artículo 5 TRLRFPF y son los siguientes.

### A) Principio de no discriminación

De una manera genérica este principio se puede formular como la garantía que tiene cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor para acceder como partícipe a un plan de pensiones [art. 5.1.a) TRLRFPF].

De una manera más particular no se considera discriminatorio:

- ✦ El plan del sistema de empleo en el que la totalidad del personal empleado por el promotor esté acogido o en condiciones de acogerse al citado plan, sin que pueda exigirse una antigüedad superior a dos años para acceder al mismo. No obstante, se podrá prever el acceso al plan con una antigüedad inferior a dos años o desde el ingreso en la plantilla del promotor, sin que tenga

carácter discriminatorio la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe, conforme a criterios derivados de acuerdo colectivo o disposición equivalente o establecido en las especificaciones del plan.

- Un plan del sistema asociado cuando todos los asociados de la entidad o entidades promotoras puedan acceder al plan en igualdad de condiciones y de derechos.
- Un plan del sistema individual cuando cualquier persona que manifieste voluntad de adhesión y tenga capacidad de obligarse pueda hacerlo en los términos contractuales estipulados para cualquiera de los miembros adheridos.

#### *B) Principio de capitalización*

En virtud de este principio los planes de pensiones se instrumentarán mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización. En consecuencia, las prestaciones se ajustarán estrictamente al cálculo derivado de tales sistemas [art. 5.1.b) TRLRPFPP], por lo que las aportaciones, los rendimientos obtenidos a través de las inversiones realizadas por el correspondiente fondo de pensiones, los derechos consolidados de los partícipes y las prestaciones de los beneficiarios se materializan en unos flujos financieros que se ajustarán estrictamente al sistema de capitalización utilizado por cada plan de pensión (art. 19.1 RD 304/2004).

En los planes de pensiones sólo será admisible la utilización de sistemas financieros y actuariales de capitalización individual, cuantificándose los derechos consolidados de cada partícipe conforme al sistema de capitalización aplicado (art. 19.2 RD 304/2004).

La cobertura de un riesgo por parte del plan de pensiones exigirá la cuantificación de su coste y de las provisiones correspondientes, de acuerdo con las tablas de supervivencia, mortalidad o invalidez y con los tipos de interés que se especifiquen en el propio plan (art. 19.3 RD 304/2004).

La capitalización individual consiste, pues, en obtener el equilibrio entre aportaciones y prestaciones individuales de cada partícipe. La cuantía de las aportaciones que deban realizarse dependerá de la cuantía prevista de la pensión, del riesgo personal de fallecimiento o de la incapacidad o clase y alcance de las prestaciones que puede generar su entorno familiar. En suma, se paga por lo que se desea percibir.

#### *C) Principio de irrevocabilidad de las aportaciones*

Las aportaciones del promotor de los planes de pensiones tendrán el carácter de irrevocables [art. 5.1.b) TRLRPFPP] desde el momento en que resulten exigibles, independientemente de que se haya realizado o no su desembolso.

#### *D) Principio de atribución de derechos*

Las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones determinan para los citados partícipes los derechos consolidados en el mismo [art. 5.1.c) TRLRPFPP]. Constituyen derechos consolidados de un partícipe los derechos económicos derivados de sus aportaciones y del régimen financiero actuarial de capitalización que aplique el correspondiente plan de pensiones. El alcance real, económicamente valorado, de los derechos consolidados de un determinado partícipe dependerá de la cuantía de las aportaciones, pudiendo variar según el plan sea de aportación definida o de prestación definida (art. 8.7 TRLRPFPP). Anualmente la Entidad Gestora del Fondo de Pensiones remitirá a cada partícipe certificación sobre las aportaciones realizadas en cada año natural y el valor de los derechos consolidados.



*E) Principio de integración obligatoria*

Según este principio todo plan de pensiones debe estar integrado de manera obligatoria en un fondo de pensiones, en cuyo patrimonio se incluyen las contribuciones económicas a que los promotores y partícipes estuvieran obligados y cualesquiera otros bienes adscritos a un plan [art. 5.1.d) TRLRPF].

*F) Limitación de las aportaciones anuales*

El TRLRPF determina unas aportaciones máximas a los planes de pensiones que se aplican de forma independiente e individual a cada partícipe, no pudiendo exceder de 10.000 euros para los menores de 50 años y de 12.500 euros para los mayores de dicha edad [art. 5.3.a) TRLRPF]. Estos límites se aplicarán de forma conjunta a las aportaciones realizadas por los partícipes y a las imputadas a los mismos por los promotores [art. 6.1.b) RD 304/2004]. Excepcionalmente, la empresa promotora podrá realizar contribuciones a un plan de pensiones de empleo del que sea promotor por encima de los límites referidos cuando sean precisas para garantizar las prestaciones en curso o los derechos de los partícipes de planes que incluyan regímenes de prestación definida para la jubilación y se haya puesto de manifiesto, a través del oportuno dictamen del actuario independiente del plan de pensiones o de las revisiones actuariales, la existencia de un déficit en el plan de pensiones [art. 5.3.c) TRLRPF y art. 6.1.c) RD 304/2004].

Los excesos que se produzcan sobre la aportación máxima establecida podrán ser retirados antes del 30 de junio del año siguiente, sin aplicación de ningún tipo de penalización (art. 6.3 RD 304/2004).

## IV. MODALIDADES: PROTECCIÓN SOCIAL DE CARÁCTER ASEGURADOR

### I. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

En la actualidad las Mutualidades de Previsión Social en cuanto técnica de previsión social tiene un carácter residual, debido al impulso que en los últimos años ha tenido la ordenación del seguro privado como instrumento de cobertura de riesgos sociales.

Originariamente las Mutualidades de Previsión Social tenían una doble función: actuaban como entidades colaboradoras de las entidades gestoras en la contingencia de IT, posibilidad actualmente inviable (art. 80.2 TRLGSS) y como entidades gestoras de Regímenes de Previsión complementarios de la Seguridad Social obligatoria, función que persiste hoy en día. Tras la promulgación del -TRLOSSP (Disp. Adic. 15.<sup>a</sup>) las Mutualidades de Previsión Social, también, desempeñan la función de ser alternativa al alta en el RETA con respecto a profesionales colegiados, debiendo ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora, de forma obligatoria, las coberturas de jubilación, incapacidad permanente, incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad, riesgo del embarazo y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad (Disp. Adic. 46.<sup>a</sup> LAAMSS con efectos de 1 de enero de 2013).

Las Mutualidades de Previsión Social se encuentran reguladas por el -TRLOSSP (arts. 64 a 68), por el RD 2.615/1985, de 4 de diciembre, que establece su desarrollo reglamentario y por el RD 1.079/1989, de 1 de septiembre, que actualiza su régimen jurídico.

*A) Concepto y requisitos*

Las Mutualidades de Previsión Social son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al Sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones, a prima fija o variable, de los mutualistas o de otros sujetos (art. 64.1 TRLOSSP). Son pues, entidades aseguradoras con una finalidad de protección social privada y voluntaria (STC 86/1989) cuyas prestaciones tienen una naturaleza jurídica distinta a las prestaciones de la Seguridad Social.

Los requisitos que deben reunir las Mutualidades de Previsión Social son los siguientes (art. 64.1 y 2 TRLOSSP):

- Que las prestaciones sociales que otorguen hayan sido autorizadas específicamente por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
- Que mantengan la actividad prestacional absolutamente separada desde el punto de vista económico-financiero de sus operaciones de seguro.
- Que dispongan de un fondo mutual mínimo y tengan adecuadamente constituidas sus garantías financieras.
- Que los recursos que dediquen a la actividad de prestación social sean de su libre disposición.
- Carecer de ánimo de lucro.
- La condición de tomador del seguro o de asegurado será inseparable de la de mutualista.
- Establecer igualdad de obligaciones y derechos para todos los mutualistas, sin perjuicio de las diferencias que concurran en cada uno de ellos respecto a las aportaciones y prestaciones previstas estatutariamente.
- Limitar la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales a una cantidad inferior al tercio de la suma de las cuotas que hubieran satisfecho en los tres últimos ejercicios, con independencia de la cuota del ejercicio corriente.
- La incorporación de los mutualistas a la mutualidad será en todo caso voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante, o bien de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los colegios profesionales, salvo oposición expresa del colegiado, sin que puedan ponerse límites para ingresar en la mutualidad distintos a los previstos en sus estatutos por razones justificadas.
- La incorporación de sus mutualistas podrá ser realizada directamente por la propia mutualidad o bien a través de la actividad de mediación en seguros, esto último siempre y cuando cumplan los requisitos de fondo mutual y garantías financieras.
- Otorgar sólo las prestaciones que enumeraremos en otro apartado.
- Asumir directamente los riesgos garantizados a sus mutualistas, sin practicar operaciones de coaseguro ni de aceptación en reaseguro, pero podrán realizar operaciones de cesión en reaseguro con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.
- La remuneración a los administradores por su gestión formará parte de los gastos de administración, que no podrán exceder de los límites fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- En su constitución deberán concurrir al menos 50 mutualistas.

### B) Caracteres

Del concepto legal de Mutualidad de Previsión Social, la doctrina ha extraído las siguientes notas características:

- Se trata de un seguro privado, que se establece a través de pólizas de aseguramiento y que se gestiona por entidades privadas (las Mutualidades de Previsión Social).
- Tiene carácter voluntario dado que requiere la declaración individual del solicitante.
- Se trata de un mecanismo complementario o alternativo al Sistema de Seguridad Social.
- Se financia mediante aportaciones económicas de los mutualistas asegurados o de terceras personas (empresarios).
- Pueden operar a prima fija o a prima variable. Las primeras funcionan de manera similar a las sociedades anónimas de seguros, cobrando primas desde el inicio de la cobertura del riesgo. La Mutualidad a prima variable operan cobrando derramas con posterioridad al acaecimiento de los siniestros, aunque deben exigir una cuota de entrada para adquirir la condición de mutualista y deben constituir un fondo de maniobra que permita pagar siniestros y gastos sin tener que esperar al cobro de las derramas.

### C) Contingencias protegidas

Las contingencias protegidas por las Mutualidades de Previsión Social son las de muerte, viudedad, orfandad, jubilación, prestaciones por matrimonio, maternidad, hijos y defunción (art. 65 TRLRFPF) a las que hay que añadir las operaciones de seguro de accidente e invalidez para el trabajo, enfermedad, defensa jurídica y asistencia así como ayudas familiares para subvenir a necesidades motivadas por hechos o actos jurídicos que impidan temporalmente el ejercicio de la profesión. Las prestaciones económicas tienen un límite como renta anual o su equivalente como percepción única de capital que es fijado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Estas prestaciones son compatibles con las prestaciones de la Seguridad Social, excepto cuando las Mutualidades actúen de manera alternativa al RETA.

Además de esta cobertura de riesgos sobre las personas cabe la posibilidad legal de cobertura de riesgos sobre las cosas que de manera exhaustiva se citan (art. 65.2 TRLOSSP): viviendas de protección oficial y otras de interés social, siempre que estén habitadas por el mutualista y su familia; maquinaria, bienes e instrumentos de trabajo de mutualistas que sean pequeños empresarios (autónomos y empresarios que no den ocupación a más de cinco trabajadores) y cosechas de fincas cultivadas directa y personalmente por el agricultor que no estén comprendidas en el plan Anual de Seguros Agrarios y los ganados integrados en la unidad de explotación familiar.

La cobertura de riesgos sobre las personas y sobre las cosas no agota la actividad aseguradora de las Mutualidades de Previsión Social, ya que el artículo 64.2 TRLOSSP prevé que puedan otorgar prestaciones sociales para colectivos no integrados en el Sistema de Seguridad Social, siempre que cuenten con autorización expresa de la Dirección General de Seguros.

Asimismo las Mutualidades de Previsión Social pueden ampliar las prestaciones tanto cualitativa como cuantitativamente con autorización expresa de la Dirección General de Seguros o el órgano competente de la CA y reúnan una serie de requisitos adicionales, como son (art. 66 TRLOSSP):

- Que haya transcurrido, al menos, un plazo de cinco años desde la obtención de la autorización administrativa para realizar actividad aseguradora y ser titular de una autorización válida en todo el EEE.
- Que no haya estado sujeta a medidas de control especial, ni habersele incoado procedimiento administrativo de disolución o de revocación de la autorización administrativa durante los dos años anteriores a la presentación de la solicitud de autorización.
- Poseer el mínimo de fondo mutual, margen de solvencia y del fondo de garantía que a las mutuas de seguro a prima fija exige esta Ley, y tener constituidas las provisiones técnicas en los mismos términos que deben tenerlas dichas mutuas a prima fija.
- Presentar y atenerse a un programa de actividades relativo a la naturaleza de los riesgos o compromisos que la entidad aseguradora se propone cubrir; a los principios rectores y ámbito geográfico de su actuación; a la estructura de la organización, incluyendo los sistemas de comercialización; a los medios destinados a cubrir las exigencias patrimoniales, financieras y de solvencia y a prestar la asistencia a que, en su caso, se comprometa; a justificar las provisiones que plantee y de la adecuación a éstas de los medios y recursos disponibles. Asimismo deberá sujetarse a la clasificación en ramos respecto de la actividad aseguradora que realicen con ampliación de prestaciones.

A partir de 1 de enero de 2013 las Mutualidades de Previsión Social que son la alternativa al alta en el RETA respecto a los profesionales colegiados deben ofrecer obligatoriamente a su afiliados las coberturas de jubilación, invalidez permanente, incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y fallecimiento que dé lugar a la viudedad y orfandad (Disp. Adic. 46.<sup>a</sup>1 LAAMSS). El importe de estas prestaciones, cuando adopte la forma de renta, no podrán ser inferiores al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el RETA, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Por el contrario, si adop-

tan la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta. Asimismo, se considera que se cumple con la obligación de cuantía mínima de la prestación si las cuotas a satisfacer por el mutualista, independientemente de las contingencias, equivalen al 80 por 100 de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el RETA (Disp. Adic. 46.<sup>a</sup>2 LAAMSS). Por último, apuntar que las aportaciones y cuotas que los mutualistas satisfagan a las Mutualidades en su condición de alternativas al RETA, serán deducibles con el límite de un 50 por 100 de la cuota máxima por contingencias comunes vigente en cada momento en el RETA, en la parte que tenga por objeto la cobertura de las contingencias atendidas por dicho régimen (Disp. Adic. 46.<sup>a</sup>3 LAAMSS).

#### *D) Patrimonio*

El patrimonio de las Mutualidades de Previsión Social estará constituido por las cuotas de los mutualistas, las aportaciones y cuotas de los socios protectores, las rentas, intereses o cualquier rendimiento de su patrimonio, los ingresos por primas y derramas y las donaciones, legados, subvenciones y cualquier otro ingreso que provenga de personas físicas y jurídicas.

Las Mutualidades de previsión social deberán constituir un fondo mutual y asimismo, formarán con su patrimonio un fondo de maniobra que les permita pagar los siniestros y gastos sin esperar al cobro de las derramas y constituir las provisiones técnicas, disponer de un margen de solvencia y de un fondo de garantía (art. 67.2 TRLOSSP).

La Mutualidad tendrá la titularidad y la libre disposición sobre el patrimonio y sobre los bienes y derechos en que se materialice la inversión de las provisiones técnicas. Por lo tanto, el mutualista no es el propietario de los recursos patrimoniales sino que lo es la propia Mutualidad.

## 2. CONTRATO DE SEGURO COLECTIVO

El contrato de seguro colectivo, juntamente con el plan de pensiones, es uno de los instrumentos a través de los cuales pueden formalizarse los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, con inclusión de las prestaciones causadas (art. 1 RD 1.588/1999).

Este contrato de seguro colectivo se regirá por lo dispuesto en el RD 1.588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con trabajadores y beneficiarios y subsidiariamente por la LCS. Estos contratos de seguro deben revestir la forma de seguros colectivos de vida, haciéndose constar en la póliza que instrumenta un compromiso de pensiones.

#### *A) Concepto*

El seguro colectivo de vida se puede definir como aquel contrato de seguro por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en caso de muerte o supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente (art. 83 LCS).

El seguro colectivo de vida se formaliza en una sola póliza en la que se instrumenta la cobertura de uno o varios riesgos que afectan a una pluralidad de personas, caracterizadas por un rasgo común (pertenencia a la misma empresa) y en el que el tomador de la póliza actúa como representante indirecto de los asegurados.

Un requisito imprescindible en estos seguros colectivos de vida es que la prestación convenida en la póliza sea determinada por el asegurador mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial.

### B) Modalidades

Las modalidades del seguro colectivo de vida, en atención a la naturaleza del riesgo, son las siguientes (art. 83, segundo párrafo, LCS):

- Seguro para caso de muerte del asegurado.
- Seguro para caso de vida en una determinada fecha.
- Seguros mixtos, que cubren el riesgo de muerte y sobrevivencia.

Asimismo, el seguro de vida puede cubrir riesgos complementarios de accidente y enfermedad siempre y cuando estos últimos estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo y estén garantizados en un mismo contrato de seguro (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> TRLOSSP).

### C) Elementos personales

Los elementos personales del contrato de seguro de vida son:

- El asegurador: será una entidad aseguradora autorizada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para operar en España en el ramo de vida o en el ramo de accidentes o enfermedad si los compromisos de pensiones otorgan cobertura, también, a dichos riesgos (art. 26.1 RD 1.588/1999).
- Tomador del seguro: es la persona natural o jurídica que contrata el seguro con el asegurador y que puede coincidir o no con la persona del asegurado. En el caso del seguro colectivo de vida será exclusivamente la empresa que tenga asumidos compromisos por pensiones con su personal y se obligue al pago de las primas. No será admisible la cobertura de compromisos por pensiones de distintas empresas a través de un mismo contrato de seguro, aunque sean del mismo grupo o pertenezcan a la misma asociación profesional (art. 28.1 RD 1.588/1999).
- Asegurado: es la persona portadora del riesgo. En el caso del seguro colectivo que instrumenta compromisos de pensiones con los trabajadores, serán éstos los asegurados (art. 28.3 RD 1.588/1999).
- Beneficiario: es la persona a cuyo favor se asegura el capital. En los seguros de supervivencia será beneficiario el propio trabajador, mientras que en los seguros de vida será beneficiario la persona que designe el trabajador fallecido (art. 28.4 RD 1.588/1999).

### D) Contingencias protegidas

Las contingencias cubiertas por un contrato de seguro colectivo de vida en el que se instrumentalice un compromiso de pensiones serán las previstas en el artículo 8.6 TRLRFP para los planes de pensiones:

- Jubilación.
- IP total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez.
- Fallecimiento del partícipe o beneficiario, que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas.
- Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la -LAPAD.

El contrato de seguro deberá determinar de manera directa las contingencias cubiertas por el asegurador sin que sea admisible la mera remisión a convenios colectivos o disposiciones equivalentes para definir las primas, las prestaciones aseguradas o cualquiera de los elementos propios del compromiso integrado en la póliza (art. 27.3 RD 1.588/1999), por lo tanto, el tomador del seguro tiene la obligación de adaptar las condiciones del contrato de seguro colectivo a las modificaciones establecidas en el convenio colectivo, debiendo estar la entidad aseguradora obligada a lo establecido en el contrato de seguro en cada momento. La jurisprudencia, sin embargo, no ha dado una respuesta unánime respecto a la responsabilidad de unos y otras, unas veces ha declarado responsable al empresario por no hacer la oportuna comuni-



cación a la entidad aseguradora (STS 23-7-1988) y otras veces a la entidad aseguradora en base a la falta de diligencia profesional para conocer el contenido del convenio (STS 22-3-1990).

Respecto a la determinación del hecho causante en las contingencias de IP cuando ésta viene precedida de un período de IT, ante la ausencia de una respuesta legal, la jurisprudencia ha distinguido dos supuestos en función de si la IP deriva de accidente o de enfermedad:

- Si la IP deriva de accidente se considera como hecho causante el día en que el trabajador sufre el accidente y no el de la fecha de la declaración de incapacidad por el INSS (SSTS 1-2-2000 y 21-9-2000).
- Si la IP deriva de enfermedad común o profesional el hecho causante se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la IT (STS 15-5-2000).

Los contratos de seguro colectivos deberán especificar la existencia o no de derechos económicos a favor de los trabajadores en caso de extinción de la relación laboral. En el caso de cese o extinción de la relación laboral, modificación o supresión del compromiso de pensiones, los derechos económicos no podrán ser inferiores a los derechos de rescate, reducción o extorno derivados de las primas pagadas al trabajador. En cuanto a la primas de fallecimiento podrá pactarse el mantenimiento de la cobertura hasta el final del período en curso cuando se produce la extinción.

### *E) Obligación del asegurador*

La principal obligación de la entidad aseguradora será el pago de la indemnización cuando se produzca el siniestro o evento asegurado. En caso de mora en el pago de la prestación, el asegurador deberá indemnizar por los daños y perjuicios causados. Si el siniestro se ha causado por dolo o mala fe del asegurado, el asegurador queda liberado del pago de la indemnización (art. 19 LCS).

### *F) Tratamiento fiscal*

A efectos fiscales, las primas o aportaciones de los seguros colectivos de vida satisfechos por las empresas se considerarán rendimientos del trabajo en especie cuando sean imputadas a dichos trabajadores. Estas aportaciones no reducen la base imponible de los asegurados. Por su parte, para que las empresas puedan considerar como gasto las aportaciones de los seguros de vida deben cumplirse tres requisitos: que exista una imputación individualizada a cada partícipe; que se haya producido una transmisión de la titularidad de los recursos y que dichas aportaciones no sean una liberalidad.

Por último, y también a efectos fiscales, las prestaciones de seguros de vida quedan sujetas al IRPF si el beneficiario es el propio asegurado y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones cuando el beneficiario es persona distinta del asegurado.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. CARACTERIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL PRIVADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS BAUDOR, G., y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *Protección Social Complementaria*, Madrid, 2004.
- : *Protección social complementaria*. Madrid, 2005.
- ALMANSA PASTOR, J. M.: «Aspectos jurisdiccionales de la Seguridad Social complementaria», *RL*, 1985, tomo 2.
- DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Prestaciones empresariales de previsión», *RL*, n.º 4/2004.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Valencia 1999.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El espacio de las pensiones privadas», *AL*, 1998, tomo 2.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Modificación e inestabilidad de las prestaciones sociales complementarias pactadas en convenio colectivo (Comentario a las Seguridad Social, 4.ª de 16 de julio de 2003, rec. 862/2002 y 18 de julio de 2003, rec. 3064/2003)», *RL*, n.º 8/2005.
- LUQUE PARRA, M.: «Prestaciones complementarias y rescate de las aportaciones», *AS*, n.º 19/2010.
- MANRIQUE LÓPEZ, V. F.: «La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación», *REDT*, n.º 39/1989.
- «La libertad intervenida en un régimen de Seguridad Social complementaria», *REDT*, n.º 24/1985.
- «Seguridad Social obligatoria versus Seguridad Social voluntaria», *Diario La Ley*, 1989, p. 1002, tomo 3.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria», *RL*, 1991, p. 86, tomo 2.
- «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», *RL*, n.º 24/2001.
- MOLINA GARCÍA, M.: «La afiliación al Sistema de la Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados», *AL*, 1996, tomo 3.
- QUINTERO LIMA, G.: «Las expectativas de derechos en la protección social complementaria española», *RL*, N.º 5/2004.
- RODRÍGUEZ HURTADO, J.L.: *La voluntariedad en el sistema de protección social: aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*. Madrid, 2004.
- SUÁREZ CORUJO, B.: *Introducción al derecho de la protección social*, Valencia, 2007.

### II. MODALIDADES: MEJORAS VOLUNTARIAS

- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad empresarial por mejoras voluntarias de la Seguridad Social en caso de contrataciones o subcontratas de obras o servicios. (Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998)», *Diario La Ley*, 1999, Ref. D-98, tomo 2.
- «Mejora voluntaria de la Seguridad Social. Plazos de prescripción aplicable. Comentario a la STS (Sala 4.ª) de 10 abril de 1989», *Diario La Ley*, 1989, p. 736, tomo 4.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: «Recensión al libro “Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva” de Valdés de la Vega, Berta», *REDT*, n.º 97/1999.
- DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C.: «Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia», *REDT*, n.º 62/1993.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Mejoras voluntarias e IP: determinación del hecho causante para percibir las», *AS*, vol. I, paraf. 1, 1999.

- GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias*, Barcelona, 2006.
- GARCÍA PAREDES, M. L.: «Mejora voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social y despido improcedente: compatibilidad de indemnizaciones», *AL*, n.º 17/2005.
- LUQUE PARRA, M.: «La modificación o extinción unilateral de las mejoras voluntarias por parte del empresario», *RL*, n.º 23/1996.
- PÉREZ ALONSO, M. A.: «Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial», *AL*, 2001, tomo 2.
- RÍOS MESTRE, J. M.: «Reaseguro y mejoras voluntarias en accidentes de trabajo: la cuestión del hecho causante», *AS*, n.º 2/2000.
- ROMÁN VACA, E.: «El hecho causante en las prestaciones de IP de la Seguridad Social y en las mejoras voluntarias de la acción protectora: dos regímenes diferentes», *AS*, n.º 3/2009.
- ROQUETA BUJ, R.: «Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social», *AL*, n.º 12/2010.
- SÁNCHEZ ANDRADA, J.: «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Naturaleza jurídica», *Revista de Jurisprudencia*, n.º 3/2007.
- SÁNCHEZ CARRETERO, R.M.: «Mejora voluntaria del sistema de la Seguridad Social: la irreversibilidad en la declaración de invalidez». *Diario La Ley* n.º 8596.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate», *RL*, n.º 4/2000.

### III. MODALIDADES: PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

- BENITO OSMA, F.: *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*. Madrid, 2008.
- BURUSCU ELIZONDO, I.: «Planes de pensiones: míos hasta el final», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2009.
- CASADO ROMÁN, J., e ISÁBAL ORDÓÑEZ, E. M.: «El embargo de los Planes de Pensiones en los procesos civiles», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9/2009.
- DE LEÓN MIRANDA, F., y RODRÍGUEZ RODERO, P.: «Las novedades de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero en Materia de Seguros y Planes y Fondos de Pensiones», *Diario La Ley*, n.º 5.787/2003.
- DE VAL TENA, A. L.: «El RD-Leg. 1/2002, de 29 de noviembre (RCL 2002, 2909) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: ¿un exceso ultra vires?», *AS*, n.º 11/2006.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo*, Pamplona, 2007.
- GARCÍA VIÑA, J.: *Los planes y fondos de pensiones. Elementos clave de previsión social*, Valencia, 2006.
- «¿Planes de pensiones o mejoras voluntarias de la Seguridad Social? Análisis de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre este tema», *AS*, n.º 20/2003.
- GONZÁLEZ RABANAL, G., y SÁEZ DE JÁUREGUI SANZ, L. M.: «Una estimación del coste para España de la política comunitaria contra la discriminación de género en los planes y fondos de pensiones de empleo», *RMTAS*, n.º extraordinario, 2008.
- LUQUE PARRA, M.: «La insolvencia de los Planes y Fondos de Pensiones: adaptación de la normativa interna a la Directiva 80/987/CEE, tras la promulgación de la Ley 30/1995», *AS*, vol. II, 1996.
- MEDIAVILLA CRUZ, M. L.: «Devengo de mejora voluntaria por IT derivada de enfermedad aunque no se cause derecho a la prestación de Seguridad Social», *AS*, n.º 6/2007.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones», *REDT*, n.º 48/1991.
- «Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones», *REDT*, n.º 40/1989.
- PRIETO PÉREZ, E.: «Planes y Fondos de Pensiones. Un análisis desde el punto de vista técnico y empresarial», *RGD*, n.º 512/1987.

- PULIDO QUECEDO, M.: «Sobre Planes y Fondos de Pensiones, Derecho Administrativo Sancionador, Menores y otras cuestiones penales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 5/1998.
- SÁNCHEZ TORRES, E.: «Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones», *AS*, vol. V, 1997.
- SENRA BIEDMA, R., y LUQUE PARRA, M.: «La movilización y el rescate de las aportaciones consolidadas en un plan y fondo de pensiones», *RL*, n.º 7/2002.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: «Deberes y responsabilidades de los sujetos que intervienen en los Planes y Fondos de Pensiones», *RES*, n.º 90/1997.

#### IV. MODALIDADES: PROTECCIÓN SOCIAL DE CARÁCTER ASEGURADOR

- BENITO OSMA, F.: «Los planes de pensiones y el contrato de seguro», en *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, edición n.º 1, Madrid, julio, 2008.
- CALVO VERGEZ, J.: «Análisis específico del tratamiento de las aportaciones efectuadas a planes de previsión asegurados: ¿contribuciones a seguros colectivos?», en *Fiscalidad de los planes de pensiones*, edición n.º 1, Madrid, noviembre, 2008.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: «Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La responsabilidad del asegurador en el seguro colectivo laboral», *AS*, vol. III, paraf. 52, 1999.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «Socios pasivos y mutualidades de previsión social empresarial; ¿intangibilidad o disponibilidad de los derechos a pensión complementaria?», *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 12/2003.
- FOLGUERA CRESPO, J.: «Accidente de trabajo y seguro colectivo: competencia y derecho sustantivo», *Diario La Ley*, 1986, tomo 1.
- IGARTÚA MIRÓ, M. T.: «Empresa Usuaria, responsabilidad contractual por accidente de trabajo y contrato de seguro», *AS*, n.º 10/2003.
- IGLESIAS CABERO, M.: «Incapacidad permanente: seguro colectivo a cargo de la empresa», *AL*, n.º 17/2009.
- MOLINA GARCÍA, M.: «Las Mutualidades de Previsión Social en la nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Aspectos procesales», *REDT*, n.º 77/1996.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J.: «Régimen actual de la incorporación obligatoria a las Mutualidades Generales de Previsión Social», *RGD*, n.ºs 622-623/1996.
- ORDEIG FOS, J. M.: «Mutualidades de Previsión Social y planes y fondos de pensiones: ordenes jurisdiccionales competentes», *AL*, 1993, tomo 3.
- PASTOR ÁLVAREZ, M. C.: «Diferencias entre las jurisdicciones social y civil respecto a la calificación de invalidez conforme al seguro de accidentes», *AS*, n.º 22/2003.
- RÍOS SALMERÓN, B.: «Las Mutualidades de previsión social: ¿Competencia estatal o autonómica?», *REDT*, n.º 45/1991.
- RON LATAS, R. P.: «¿Son compatibles las prestaciones de las mutualidades de previsión social de los colegios profesionales y las del régimen especial de trabajadores autónomos?», *AS*, n.º 12/2004.
- SÁEZ FERNÁNDEZ, F. J.: *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementaria*, Pamplona, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, V. A.: «Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad permanente», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 4/2006.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: «Seguro colectivo y fondos internos de previsión social», *AL*, 1994, tomo 2.
- USTÁRROZ UGALDE, J. R.: «La Ley de Ordenación del Seguro Privado y las Mutualidades de Previsión Social», *RGD*, n.ºs 484-485/1985.

# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	9
ABREVIATURAS .....	11
PARTE PRIMERA. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	19
Capítulo 1. Concepto y formación histórica del Derecho de la Protección Social .....	21
I. Caracterización del Derecho de la Protección Social .....	21
1. Concepto del Derecho de la Protección Social .....	21
A) Elemento ordenador .....	22
B) Elemento público .....	23
C) Elemento objetivo .....	23
D) Elemento instrumental .....	24
2. Fundamento del derecho de la protección social .....	24
3. Caracteres del derecho de la protección social .....	26
A) Derecho de carácter social .....	26
B) Derecho de protección plural .....	26
C) Derecho reversible .....	27
II. Formación histórica del Derecho de la Protección Social .....	27
1. Génesis y evolución general de las técnicas de protección de los riesgos sociales .....	27
A) Técnicas de carácter voluntario .....	28
B) Técnicas de carácter obligatorio .....	31
2. Evolución normativa del Derecho de la Protección Social en España .....	37
A) Técnicas de carácter voluntario .....	37
B) Técnicas de carácter obligatorio .....	39
Bibliografía .....	45
Capítulo 2. Fuentes del Derecho de la Protección Social .....	47
I. Fuentes estatales .....	47
1. La Constitución: el modelo constitucional de protección social .....	47
A) Protección Social Pública .....	47
B) Protección Social Privada .....	52
2. La Ley en materia de protección social .....	53
A) Funciones y principios .....	53
B) El desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección social pública .....	54
C) El desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección social privada .....	71
3. El reglamento en materia de protección social .....	72
II. Fuentes supraestatales .....	73
1. Fuentes internacionales especializadas: la Organización Internacional del Trabajo .....	73
2. Fuentes internacionales generalistas .....	74
A) De ámbito regional .....	74
B) De ámbito general: Naciones Unidas .....	78
C) De ámbito interestatal .....	79



III. Fuentes profesionales, supletorias e indirectas.....	79
1. Fuentes profesionales .....	79
2. Fuentes supletorias .....	80
A) La costumbre.....	81
B) Los principios generales del Derecho .....	81
C) El Derecho supletorio.....	82
3. Fuentes indirectas: la jurisprudencia .....	82
A) Función interpretativa .....	82
B) Función depuradora .....	83
C) Función unificadora .....	83
IV. Aplicación e interpretación de las normas de protección social .....	84
1. Aplicación.....	84
A) Principio de norma más favorable .....	84
B) Principio de condición más beneficiosa .....	85
C) Principio de indisponibilidad de derechos.....	85
2. Interpretación .....	86
Bibliografía .....	87
PARTE SEGUNDA. PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA.....	89
Capítulo 3. Sistema de la Seguridad Social: estructura, campo de aplicación y relaciones jurídicas... ..	91
I. Estructura del sistema de Seguridad Social.....	92
1. Nivel contributivo .....	92
2. Nivel asistencial.....	93
3. Nivel complementario .....	93
II. Campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.....	94
1. Nivel contributivo.....	94
A) Inclusiones .....	94
B) Exclusiones.....	96
2. Nivel asistencial o no contributivo .....	97
3. Convenio especial de Seguridad Social .....	98
A) Concepto y objeto.....	98
B) Ámbito subjetivo .....	98
C) Requisitos y formalización.....	99
D) Efectos del Convenio Especial .....	100
E) Acción protectora .....	101
F) Suspensión y extensión del Convenio Especial .....	102
G) Modalidades de Convenio Especial .....	102
III. Relaciones jurídicas de Seguridad Social .....	103
1. Relación jurídica contributiva .....	103
A) Relación de encuadramiento.....	104
B) La relación de cotización .....	109
C) Relación de protección.....	110
2. Relación jurídica asistencial.....	111
Bibliografía .....	114

Capítulo 4. Sistema de la Seguridad Social: gestión y financiación . . . . .	119
I. Gestión del sistema de Seguridad Social . . . . .	120
1. Entidades gestoras y servicios comunes . . . . .	121
A) Entidades gestoras . . . . .	121
B) Servicios Comunes del Sistema de la Seguridad Social . . . . .	126
2. Colaboración en la gestión . . . . .	128
A) Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social . . . . .	129
B) Empresas . . . . .	132
II. Financiación del sistema de Seguridad Social . . . . .	133
1. Modelos de financiación . . . . .	134
A) Financiación del nivel contributivo o profesional . . . . .	134
B) Financiación del nivel asistencial o no contributivo . . . . .	136
2. Recursos financieros . . . . .	136
A) Recursos generales . . . . .	136
B) Fondo de reserva de la Seguridad Social . . . . .	137
C) El patrimonio de la Seguridad Social . . . . .	138
D) Inversiones . . . . .	138
Bibliografía . . . . .	140
Capítulo 5. Sistema de la Seguridad Social: acción protectora . . . . .	143
I. Conceptos básicos . . . . .	144
II. Contingencias protegidas . . . . .	144
1. Contingencias comunes . . . . .	146
A) Accidente no laboral . . . . .	146
B) Enfermedad común . . . . .	146
C) Otras contingencias comunes . . . . .	147
2. Contingencias profesionales . . . . .	147
A) Accidente de trabajo . . . . .	147
B) Enfermedad profesional . . . . .	151
III. Prestaciones del sistema de seguridad social . . . . .	154
1. Clases de prestaciones . . . . .	154
A) Prestaciones contributivas . . . . .	154
B) Prestaciones no contributivas . . . . .	155
2. Requisitos de las prestaciones . . . . .	156
A) Requisitos para el percibo de las prestaciones contributivas . . . . .	156
B) Requisitos para el percibo de las prestaciones no contributivas . . . . .	158
3. Garantía de las prestaciones . . . . .	158
A) Indisponibilidad . . . . .	159
B) Tributación predeterminada . . . . .	159
C) Suficiencia económica . . . . .	159
D) Seguridad financiera . . . . .	162
E) Gratuidad documental . . . . .	162
4. Incompatibilidades . . . . .	162
A) Pensiones . . . . .	162
B) Resto de prestaciones . . . . .	163
C) Prestaciones de nivel complementario . . . . .	164

5. Responsabilidades.....	164
A) Responsabilidades del empresario .....	164
B) Extensión de responsabilidad a otros sujetos. ....	168
C) Principio de automaticidad de las prestaciones. ....	169
Bibliografía .....	170
Capítulo 6. Régimen general del sistema de la seguridad social: campo de aplicación y actos de encuadramiento.....	175
I. Campo de aplicación .....	175
1. Inclusiones .....	176
A) Trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas .....	176
B) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares .....	177
C) Personal dependiente de las Administraciones Públicas, ya sean funcionarios o laborales. ....	177
D) Laicos o seglares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas .....	178
E) Personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social .....	178
F) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares .....	178
G) Cargos representativos de los Sindicatos que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución .....	178
H) Trabajadores dedicados al manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano .....	179
I) Cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del MTIN, actualmente MEYSS, de la asimilación al Régimen General .....	179
2. Exclusiones. ....	180
A) Por razón de parentesco.....	180
B) Por razón de trabajo .....	180
II. Actos de encuadramiento .....	180
1. Inscripción del empresario.....	181
A) Definición .....	181
B) Sujeto obligado .....	181
C) Organismo ante el que se realiza.....	181
D) Reconocimiento de la inscripción.....	182
E) Variación de datos .....	183
F) Extinción de la empresa, cese de la actividad y sucesión en la titularidad o actividad ....	184
G) Efectos de la inscripción indebida .....	184
H) Impugnaciones y jurisdicción competente .....	185
2. Afiliación, altas y bajas de los trabajadores .....	185
A) Afiliación .....	185
B) Altas de los trabajadores.....	188
f) Variaciones de datos.....	191
C) Bajas de los trabajadores .....	192
Bibliografía .....	195

Capítulo 7. Régimen general del sistema de la seguridad social: cotización y recaudación .....	197
I. Cotización .....	198
1. Concepto y naturaleza jurídica .....	198
A) Concepto .....	198
B) Naturaleza jurídica .....	198
2. Sujetos .....	199
A) Sujetos obligados .....	199
B) Sujetos responsables .....	200
3. Objeto de la cotización .....	201
A) Base de cotización .....	201
B) Tipo de cotización .....	205
C) Cuota de Seguridad Social .....	206
4. Dinámica de la obligación de cotizar .....	206
A) Nacimiento .....	206
B) Duración de la obligación de cotizar .....	207
C) Suspensión de la obligación de cotizar .....	207
D) Extinción de la obligación de cotizar .....	207
5. Supuestos especiales de la obligación de cotizar .....	208
A) Cotización durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y en los casos de compatibilidad del subsidio por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial .....	208
B) Cotización en situación de alta sin percibo de retribución .....	208
C) Cotización durante la situación de desempleo protegido .....	208
D) Cotización en la situación de pluriempleo .....	209
E) Cotización en los supuestos de contrato a tiempo parcial .....	210
F) Cotización en contratos para la formación y el aprendizaje .....	211
G) Cotización de los trabajadores con 65 o más años de edad .....	213
H) Cotización en los casos de convenio especial .....	213
I) Cotización de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia .....	213
II. Recaudación .....	214
1. Gestión recaudatoria .....	214
2. Sujetos responsables .....	215
3. Cumplimiento de la obligación de cotizar .....	215
A) Recaudación voluntaria .....	216
B) Recaudación en vía ejecutiva .....	220
Bibliografía .....	221
Capítulo 8. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social (i): protección de la salud e incapacidad temporal .....	223
I. Protección de la salud .....	224
1. Derecho a la protección de la salud y la prestación de asistencia sanitaria .....	224
2. Sujetos protegidos .....	225
A) Sujetos protegidos por la Seguridad Social .....	225
B) Sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud .....	228
3. Reconocimiento y extinción de la condición de asegurado .....	229
A) Reconocimiento de la condición de asegurado .....	229

B) Extinción de la condición de asegurado . . . . .	229
4. Contenido . . . . .	230
A) Catálogo de prestaciones . . . . .	230
B) Cartera común de servicios . . . . .	230
C) Cartera de servicios de las Comunidades Autónomas . . . . .	231
A) Nacimiento . . . . .	232
B) Duración. . . . .	232
C) Extinción . . . . .	233
6. Gestión . . . . .	233
II. Incapacidad temporal . . . . .	234
1. Concepto y caracteres . . . . .	235
A) Concepto . . . . .	235
B) Caracteres. . . . .	235
2. Situaciones protegidas . . . . .	236
3. Requisitos del hecho causante. . . . .	236
A) Afiliación y alta en la Seguridad Social . . . . .	236
B) Situación asimilada al alta . . . . .	236
C) Acreditación de una cotización mínima previa en los casos de enfermedad común . . . . .	237
4. Contenido . . . . .	238
A) Protección por contingencias comunes . . . . .	238
B) Protección por contingencias profesionales. . . . .	239
5. Dinámica de la prestación . . . . .	240
A) Nacimiento . . . . .	240
B) Duración. . . . .	240
C) Denegación, suspensión y pérdida . . . . .	241
D) Extinción . . . . .	242
6. Gestión y responsabilidades . . . . .	243
A) Gestión. . . . .	243
B) Responsabilidades. . . . .	246
Bibliografía . . . . .	247

Capítulo 9. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social  
(ii): maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, lactancia natural y cuidado de menores por  
enfermedad grave . . . . . 251

I. Maternidad y paternidad . . . . .	252
1. Maternidad . . . . .	252
A) Concepto . . . . .	252
B) Situaciones protegidas . . . . .	253
C) Requisitos del hecho causante. . . . .	254
D) Contenido . . . . .	255
E) Dinámica . . . . .	256
F) Denegación, anulación y suspensión del derecho . . . . .	258
G) Gestión. . . . .	258
2. Paternidad . . . . .	259
A) Concepto . . . . .	259
B) Situaciones protegidas . . . . .	259
C) Requisitos del hecho causante. . . . .	260



D) Contenido .....	260
E) Dinámica .....	261
F) Denegación, anulación y suspensión del derecho .....	263
G) Gestión .....	263
II. Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural .....	263
1. Riesgo durante el embarazo .....	263
A) Situaciones protegidas .....	264
B) Requisitos del hecho causante .....	264
C) Contenido .....	264
D) Dinámica .....	265
E) Denegación, anulación y suspensión del derecho .....	266
F) Gestión .....	266
2. Riesgo durante la lactancia natural .....	266
A) Situación protegida .....	266
B) Requisitos del hecho causante .....	267
C) Contenido .....	267
D) Dinámica .....	267
E) Gestión .....	267
III. Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave .....	268
1. Situación protegida .....	268
2. Requisitos del hecho causante .....	269
3. Contenido .....	269
4. Dinámica .....	270
A) Nacimiento .....	270
B) Duración .....	270
C) Suspensión .....	270
D) Extinción .....	271
5. Gestión .....	271
Bibliografía .....	272

Capítulo 10. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social

(iii): incapacidad permanente .....	275
I. Concepto y elementos característicos .....	275
1. Concepto .....	275
2. Elementos característicos .....	276
A) Elemento causal: sujeción previa al tratamiento prescrito .....	276
B) Elemento objetivo: reducciones anatómicas o funcionales graves .....	277
C) Elemento subjetivo: reducción de la capacidad de trabajo .....	277
D) Elemento temporal: permanencia de las reducciones anatómicas o funcionales .....	278
II. Situaciones protegidas .....	278
1. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual .....	279
2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual .....	280
3. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo .....	280
4. Gran invalidez .....	281
III. Requisitos del hecho causante .....	281
1. Requisitos genéricos .....	281
A) Declaración de la incapacidad en alguno de sus grados .....	281

B) Afiliación, alta o situación asimilada al alta . . . . .	282
C) Requisitos en caso de falta de alta o situación asimilada al alta . . . . .	282
D) Excepciones a la regla general para los mayores de 65 años . . . . .	282
2. Requisitos específicos de cotización previa . . . . .	283
IV. Contenido . . . . .	284
1. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. . . . .	284
A) Cuantía de la prestación. . . . .	284
B) Base reguladora . . . . .	285
2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual . . . . .	285
A) Cuantía de la prestación. . . . .	285
B) Base reguladora . . . . .	285
C) Integración de lagunas de cotización . . . . .	286
3. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo . . . . .	287
A) Cuantía de la prestación. . . . .	287
B) Base reguladora . . . . .	287
4. Gran invalidez . . . . .	287
A) Cuantía de la prestación. . . . .	287
B) Base reguladora . . . . .	287
V. Dinámica y gestión . . . . .	288
1. Dinámica de la prestación . . . . .	288
A) Nacimiento . . . . .	288
B) Duración . . . . .	288
C) Extinción . . . . .	289
2. Gestión de la prestación. . . . .	289
A) Procedimiento de calificación de la incapacidad permanente . . . . .	289
B) Revisión de la calificación de la incapacidad permanente. . . . .	292
VI. Compatibilidades e incompatibilidades . . . . .	293
1. Con el trabajo . . . . .	293
2. Con la percepción de otras pensiones o subsidios . . . . .	294
3. Con la edad de jubilación. . . . .	294
VII. Lesiones permanentes no invalidantes . . . . .	294
1. Concepto . . . . .	294
2. Prestación. . . . .	295
3. Beneficiarios. . . . .	295
4. Compatibilidad e incompatibilidad . . . . .	295
5. Gestión. . . . .	295
Bibliografía . . . . .	296

## Capítulo 11. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social

(iv): jubilación . . . . .	299
I. Concepto y elementos característicos . . . . .	301
1. Concepto . . . . .	301
2. Elementos característicos. . . . .	301
A) Elementos específicos de la jubilación . . . . .	301
B) Elementos compartidos con el resto de pensiones . . . . .	302
II. Requisitos del hecho causante . . . . .	303
1. Afiliación y alta o en situación asimilada al alta . . . . .	303

2. Edad legal de jubilación . . . . .	303
A) Jubilación anticipada. . . . .	304
B) Jubilación flexible. . . . .	309
C) Jubilación diferida . . . . .	311
D) Jubilación forzosa . . . . .	312
3. Período mínimo de cotización. . . . .	312
III. Contenido. . . . .	315
1. Base reguladora . . . . .	315
A) Fórmula de cálculo de la base reguladora . . . . .	315
B) Reglas generales sobre el cálculo de la base reguladora . . . . .	316
C) Determinación de la base reguladora en los casos de pluriempleo y pluriactividad. . . . .	317
2. Porcentaje aplicable. . . . .	317
3. Cuantía de la pensión . . . . .	318
IV. Dinámica. . . . .	319
1. Nacimiento . . . . .	319
2. Duración . . . . .	320
3. Extinción . . . . .	320
V. Compatibilidades e incompatibilidades . . . . .	321
1. Jubilación y trabajo . . . . .	321
A) Regla general de incompatibilidad . . . . .	321
B) Excepciones a la regla general de incompatibilidad. . . . .	321
2. Jubilación y otras pensiones o prestaciones . . . . .	322
VI. Seguro obligatorio de vejez e invalidez . . . . .	323
1. Beneficiarios. . . . .	323
2. Características de la prestación . . . . .	324
3. Nacimiento de la prestación . . . . .	324
4. Compatibilidad e incompatibilidad . . . . .	324
5. Revalorización . . . . .	324
Bibliografía . . . . .	324

Capítulo 12. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social

(v): muerte, supervivencia y prestaciones familiares. . . . .	327
I. Muerte y supervivencia. . . . .	327
1. Concepto . . . . .	328
2. Prestaciones: clases y caracteres . . . . .	329
A) Clases . . . . .	329
B) Caracteres. . . . .	329
3. Hechos causantes . . . . .	331
A) El fallecimiento del sujeto causante . . . . .	331
B) La desaparición del sujeto causante . . . . .	332
4. Requisitos del hecho causante. . . . .	334
5. Contenido y dinámica de las prestaciones . . . . .	334
A) Auxilio por defunción . . . . .	334
B) Pensión de viudedad . . . . .	335
C) Pensión de orfandad. . . . .	347
D) Prestaciones a favor de familiares. . . . .	348
E) Indemnización a tanto alzado . . . . .	350

6. Compatibilidades .....	350
A) Pensión de viudedad .....	350
B) Pensión de orfandad .....	351
c) Pensión a favor de familiares .....	351
7. Gestión .....	351
II. Prestaciones familiares .....	351
1. Concepto y modalidades .....	352
2. Contenido y dinámica de la prestación contributiva .....	352
A) Período de excedencia por cuidado de hijos, menores acogidos y familiares .....	352
B) Período de reducción de jornada por cuidado de menores o familiares .....	353
C) Períodos de cotización asimilados por parto .....	353
D) Períodos de cotización por maternidad o paternidad .....	354
E) Períodos interruptivos de la cotización por extinción de la relación laboral o la fin del cobro de prestaciones por desempleo .....	354
3. Gestión de la prestación no contributiva .....	354
Bibliografía .....	355

### Capítulo 13. Acción protectora contributiva en el régimen general del sistema de la Seguridad Social

(vi): desempleo .....	357
I. Concepto y niveles de protección .....	359
1. Concepto .....	359
A) Elemento objetivo: capacidad para trabajar .....	359
B) Elemento subjetivo: voluntad de trabajar .....	359
C) Elemento causal: pérdida del empleo, suspensión del contrato o reducción de jornada ..	360
D) Elemento temporal: las clases de desempleo protegido .....	360
2. Niveles de protección .....	361
II. Sujetos protegidos y sujetos beneficiarios .....	362
1. Sujetos protegidos .....	362
2. Sujetos beneficiarios .....	363
A) Estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta .....	363
B) Tener cubierto el período mínimo de cotización .....	363
C) Encontrarse en situación legal de desempleo .....	363
D) Acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad .....	365
E) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación .....	367
F) Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio de empleo competente .....	367
III. Contenido .....	367
1. Prestaciones y cuantía .....	367
A) Prestaciones .....	367
B) Cuantía .....	368
IV. Dinámica de la prestación .....	368
1. Nacimiento .....	368
2. Duración .....	370
3. Suspensión y extinción .....	371
A) Suspensión .....	371
B) Extinción .....	372

V. Incompatibilidades.....	372
A) Reglas generales.....	372
B) Reglas especiales.....	373
a) Situación de IT.....	373
b) Situaciones de maternidad o paternidad.....	373
VI. Financiación y gestión.....	374
VII. Régimen de obligaciones, infracciones y sanciones.....	374
1. Régimen de obligaciones.....	374
A) Obligaciones de los empresarios.....	374
B) Obligaciones de los trabajadores.....	375
2. Infracciones y sanciones.....	375
A) Concepto y caracteres de las infracciones.....	375
B) Infracciones de los empresarios.....	376
C) Infracciones de los trabajadores.....	377
D) Sanciones.....	377
Bibliografía.....	379

Capítulo 14. Acción protectora asistencial del sistema de la Seguridad Social: caracterización y prestaciones complementarias.....	381
--	-----

I. Asistencia social.....	382
1. Delimitación conceptual.....	382
A) Concepto tradicional.....	382
B) Concepto moderno.....	382
C) Clases de Asistencia Social.....	383
2. Clases de prestaciones complementarias.....	383
A) Protección de los discapacitados.....	384
B) Protección de los emigrantes españoles que no residan en España.....	384
C) Protección de los menores españoles desplazados al extranjero durante la Guerra Civil.....	385
D) Protección para las víctimas de la violencia de género.....	385
E) Protección de las personas contaminadas por VIH y SIDA.....	386
F) Protección de los perceptores de prestaciones no contributivas mediante ayudas para el pago de la vivienda alquilada.....	387
II. Servicios sociales.....	388
1. Finalidad.....	388
2. Modalidades y prestaciones.....	388
A) Servicios Sociales a favor de las personas con discapacidad.....	389
B) Servicios Sociales a favor de las personas ancianas.....	393
C) Servicio Social de las personas refugiadas y asiladas, así como de integración de los inmigrantes.....	396
Bibliografía.....	397

Capítulo 15. Acción protectora asistencial del sistema de la Seguridad Social: prestaciones subsidiarias.....	399
---	-----

I. Pensión no contributiva de invalidez.....	400
1. Concepto.....	400
2. Beneficiarios.....	401



A) Requisitos genéricos . . . . .	401
B) Requisito específico de residencia legal. . . . .	401
C) Requisito específico de insuficiencia de rentas e ingresos . . . . .	401
3. Obligaciones de los beneficiarios. . . . .	402
4. Cuantía. . . . .	403
5. Dinámica de la prestación . . . . .	404
A) Nacimiento . . . . .	404
B) Duración. . . . .	404
C) Extinción . . . . .	405
6. Compatibilidad e incompatibilidad . . . . .	405
A) Con el trabajo . . . . .	405
B) Con otras prestaciones . . . . .	406
7. Gestión. . . . .	406
II. Pensión no contributiva de jubilación. . . . .	406
1. Concepto . . . . .	406
2. Beneficiarios. . . . .	407
3. Obligaciones de los beneficiarios. . . . .	407
4. Cuantía. . . . .	407
5. Dinámica . . . . .	407
A) Nacimiento . . . . .	407
B) Duración. . . . .	408
C) Extinción . . . . .	408
6. Incompatibilidades . . . . .	408
7. Gestión. . . . .	408
III. Prestaciones familiares no contributivas. . . . .	408
1. Concepto . . . . .	408
A) Sujetos causantes . . . . .	409
B) Concepto de hijo o menor a cargo. . . . .	409
2. Tipos de prestaciones familiares no contributivas . . . . .	409
A) Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo . . . . .	410
B) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100 . . . . .	411
C) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple. . . . .	411
3. Contenido y dinámica . . . . .	412
A) Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo . . . . .	412
B) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas en grado igual o superior al 65 por 100 . . . . .	413
C) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple. . . . .	413
4. Disposiciones comunes sobre incompatibilidades . . . . .	413
5. Gestión. . . . .	414
IV. Protección por desempleo de nivel asistencial . . . . .	414
1. Concepto . . . . .	414
A) Subsidio por desempleo . . . . .	414
B) Abono de la cotización durante la percepción del subsidio . . . . .	414

C) Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, a las prestaciones familiares, en las mismas condiciones que los trabajadores incluidos en algún régimen de Seguridad Social .....	415
2. Beneficiarios.....	415
A) Identificación de colectivos .....	415
B) Alcance de los requisitos de parentesco y renta.....	416
3. Dinámica .....	417
A) Nacimiento .....	417
B) Duración.....	418
C) Suspensión y extinción.....	419
4. Incompatibilidades .....	419
V. Ayuda económica de acompañamiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación de desempleo .....	420
1. Objeto.....	420
2. Duración del programa de recualificación profesional .....	420
3. Beneficiarios del programa.....	420
4. Derechos de los beneficiarios del programa de recualificación profesional .....	421
5. Obligaciones de los beneficiarios del programa de recualificación profesional.....	422
6. Gestión y financiación del programa de recualificación profesional.....	422
Bibliografía .....	424
 Capítulo 16. Regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social: trabajadores y estudiantes ...	427
I. Caracterización .....	428
1. Ámbito subjetivo de aplicación propio.....	428
2. Peculiaridades en los actos de encuadramiento.....	428
3. Particularidades en cuanto a la cotización y recaudación .....	429
4. Acción protectora específica .....	430
II. Régimen especial de trabajadores del mar .....	431
1. Ámbito de aplicación subjetivo .....	431
A) Trabajadores por cuenta ajena.....	431
B) Trabajadores por cuenta propia.....	432
2. Actos de encuadramiento.....	433
3. Cotización y recaudación.....	433
4. Acción protectora .....	435
III. Régimen especial de la minería del carbón.....	436
1. Ámbito subjetivo.....	436
2. Actos de encuadramiento.....	436
3. Cotización .....	436
4. Acción protectora .....	437
IV. Socios trabajadores de cooperativas de producción.....	438
1. Actos de encuadramiento.....	438
2. Cotización .....	439
3. Acción protectora .....	439
V. Régimen especial de trabajadores autónomos .....	440
1. Ámbito subjetivo.....	441
A) Sujetos incluidos .....	441
B) Sujetos excluidos .....	442

2. Actos de encuadramiento . . . . .	442
3. Cotización . . . . .	443
A) Sujetos obligados . . . . .	443
B) Bases y tipos de cotización . . . . .	443
C) Reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social. . . . .	445
4. Acción protectora . . . . .	448
A) Incapacidad temporal . . . . .	448
B) Incapacidad permanente. . . . .	449
C) Jubilación . . . . .	449
D) Prestación por cese de actividad . . . . .	450
E) Contingencias profesionales. . . . .	452
VI. Régimen especial de la seguridad social de los estudiantes . . . . .	453
1. Ámbito subjetivo de aplicación . . . . .	453
2. Actos de encuadramiento y cotización. . . . .	453
3. Acción protectora . . . . .	453
Bibliografía . . . . .	454
Capítulo 17. Regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social: funcionarios . . . . .	459
I. Caracterización . . . . .	459
II. Régimen especial de funcionarios civiles del Estado. . . . .	460
1. Mecanismos de cobertura . . . . .	461
2. Ámbito de aplicación subjetivo . . . . .	461
A) Inclusiones . . . . .	461
B) Exclusiones. . . . .	462
3. Actos de encuadramiento. . . . .	462
A) Incorporación a MUFACE: afiliación . . . . .	462
B) Altas en MUFACE. . . . .	463
C) Baja en MUFACE. . . . .	464
4. Cotización . . . . .	464
A) Obligación de cotizar . . . . .	464
B) Sujetos obligados y excluidos . . . . .	464
C) Nacimiento, duración y extinción . . . . .	464
D) Contenido de la obligación de cotizar . . . . .	465
5. Acción protectora . . . . .	466
A) Sistema de derechos pasivos . . . . .	466
B) Sistema de mutualismo administrativo . . . . .	469
III. Régimen especial del personal al servicio de la administración de justicia. . . . .	472
1. Mecanismos de cobertura . . . . .	472
2. Ámbito subjetivo. . . . .	472
3. Actos de encuadramiento. . . . .	473
A) Incorporación a MUGEJU . . . . .	473
B) Altas en MUGEJU . . . . .	474
C) Bajas en MUGEJU. . . . .	475
4. Cotización . . . . .	475
A) Obligación de cotizar . . . . .	475
B) Sujetos obligados y excluidos . . . . .	475
C) Nacimiento, duración y extinción. . . . .	475

D) Contenido .....	476
5. Acción protectora .....	476
A) Asistencia sanitaria .....	477
B) Incapacidad temporal .....	477
C) Riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia .....	478
D) Incapacidad permanente .....	478
E) Protección a la familia .....	479
F) Servicios Sociales y Asistencia Social .....	479
IV. Régimen especial de seguridad social de los miembros de las fuerzas armadas .....	479
1. Mecanismos de cobertura .....	480
2. Ámbito de aplicación subjetiva .....	480
3. Actos de encuadramiento .....	481
A) Incorporación al ISFAS .....	481
B) Altas, bajas y variaciones .....	481
4. COTIZACIÓN .....	481
5. Acción protectora .....	482
A) Asistencia sanitaria .....	482
B) Incapacidad temporal en el caso de funcionarios civiles y personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia .....	483
C) Inutilidad para el servicio .....	483
D) Protección a la familia .....	483
E) Servicios Sociales y Asistencia Social .....	484
Bibliografía .....	485
Capítulo 18. Sistemas especiales de los regímenes de la Seguridad Social .....	487
I. Caracterización .....	487
II. Sistemas especiales en el régimen general de la seguridad social .....	488
1. Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios .....	488
A) Ámbito de aplicación .....	489
B) Particularidades en el encuadramiento en el Sistema Especial .....	489
C) Particularidades en la cotización .....	490
D) Particularidades de la acción protectora del Sistema Especial .....	492
2. Sistema Especial de Empleados del Hogar .....	493
A) Ámbito de aplicación .....	494
B) Inscripción de los empresarios .....	494
C) Peculiaridades en afiliación, altas, bajas y variaciones de datos .....	494
D) Cotización al Sistema .....	495
E) Prestaciones .....	496
3. Sistema Especial de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y fabricación de conservas vegetales .....	496
A) Ámbito de aplicación del Sistema Especial .....	497
B) Campañas .....	497
C) Afiliación, altas y bajas .....	497
D) Cómputos de períodos a efectos del derecho a prestaciones .....	498
E) Recaudación .....	498
4. Sistema Especial de manipulación y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación .....	498

A) Campo de aplicación .....	498
B) Campañas .....	499
C) Inscripción de empresas .....	499
D) Afiliación, altas y bajas .....	499
E) Cotización .....	499
F) Recaudación .....	500
5. Sistema Especial de la industria resinera .....	500
A) Campo de aplicación .....	500
B) Campañas .....	500
C) Altas y bajas .....	500
D) Cotización y recaudación .....	500
E) Peculiaridad en cuanto a las prestaciones temporales .....	501
6. Sistema Especial de empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta y otros locales análogos, cantinas de campos de fútbol u otros espectáculos deportivos y taurinos .....	501
A) Ámbito de aplicación .....	501
B) Altas y bajas .....	501
C) Cotización .....	501
7. Sistema Especial de empresas de estudio de mercado y opinión pública .....	502
A) Ámbito de aplicación .....	502
B) Inscripción de los empresarios .....	502
C) Afiliación, altas y bajas de trabajadores .....	502
D) Peculiaridad de la incapacidad temporal .....	502
8. Sistema Especial de servicios extraordinarios en la hostelería, café, bares y similares .....	503
A) Ámbito de aplicación .....	503
B) Afiliación, altas y bajas .....	503
C) Cotización y recaudación .....	503
III. Sistemas especiales en el régimen especial de trabajadores autónomos .....	503
1. Ámbito de aplicación del Sistema Especial .....	504
2. Noción de explotación agraria, labores agrarias y actividades complementarias .....	505
3. Cotización en el Sistema Especial .....	505
4. Peculiaridad de la acción protectora .....	506
Bibliografía .....	507
Capítulo 19. Sistema para la autonomía y atención a la dependencia .....	509
I. Situaciones protegidas .....	510
II. Configuración y principios inspiradores del sistema .....	511
1. Configuración del Sistema .....	511
A) Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia .....	511
B) Participación de la Administración General del Estado .....	511
C) Participación de las Comunidades Autónomas .....	512
D) Participación de las Entidades Locales .....	512
E) Participación institucional .....	512
2. Principios inspiradores del Sistema .....	513
A) Principios generales .....	513
B) Principios específicos de promoción y atención al dependiente .....	513



C) Principios específicos de participación en la promoción y atención al dependiente. . . . .	513
III. Niveles de protección del sistema . . . . .	514
IV. Sujetos protegidos. Derechos y obligaciones . . . . .	514
1. Sujetos protegidos. . . . .	514
2. Derechos y obligaciones . . . . .	515
A) Derechos . . . . .	515
B) Obligaciones. . . . .	515
V. Acción protectora. . . . .	515
1. Servicios Asistenciales . . . . .	516
A) Servicios de prevención de las situaciones de dependencia . . . . .	516
B) Servicios de promoción de la autonomía personal . . . . .	516
C) Servicios de teleasistencia . . . . .	517
D) Servicio de ayuda a domicilio . . . . .	517
E) Servicio de centro de día y de noche. . . . .	517
F) Servicio de atención residencial. . . . .	518
2. Prestaciones económicas . . . . .	518
A) Prestación económica vinculada al servicio. . . . .	518
B) Prestaciones económicas para cuidadores en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. . . . .	518
C) Prestación económica de asistencia personal. . . . .	519
D) Apoyo financiero a las empresas para la promoción y desarrollo de infraestructuras . . . .	520
VI. Incompatibilidad de las prestaciones y servicios . . . . .	520
VII. Valoración de la situación de dependencia . . . . .	520
VIII. Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema y revisión del grado . . . . .	521
1. Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema . . . . .	521
A) Iniciación . . . . .	521
B) Tramitación . . . . .	521
C) Resolución . . . . .	521
2. Revisión del grado de dependencia y de la prestación reconocida . . . . .	521
IX. Financiación del sistema. . . . .	522
X. Infracciones y sanciones . . . . .	522
1. Infracciones . . . . .	522
A) Sujetos responsables. . . . .	522
B) Tipificación de las infracciones . . . . .	523
C) Calificación de las infracciones . . . . .	523
D) Prescripción. . . . .	524
2. Sanciones . . . . .	524
A) Tipos de sanciones . . . . .	524
B) Criterios de graduación de las sanciones . . . . .	524
C) Multas previstas en la LAPAD. . . . .	524
D) Otro tipo de sanciones diferentes a la multas . . . . .	525
E) Prescripción . . . . .	525
Bibliografía . . . . .	526

PARTE TERCERA. PROTECCIÓN SOCIAL PRIVADA.....	529
Capítulo 20. Protección social privada: caracterización y modalidades .....	531
I. Caracterización .....	532
1. Concepto y caracteres .....	532
A) Concepto .....	532
B) Caracteres.....	532
2. Modalidades .....	533
II. Modalidades: mejoras voluntarias.....	533
1. Concepto y caracteres .....	534
A) Concepto .....	534
B) Caracteres.....	534
2. Clases de mejoras voluntarias .....	535
A) Mejoras directas .....	535
B) Establecimiento de tipos de cotización adicionales.....	536
3. Implantación de las mejoras voluntarias .....	536
4. Supresión y modificación de las mejoras voluntarias .....	537
5. Gestión de las mejoras voluntarias .....	538
III. Modalidades: planes y fondos de pensiones .....	539
1. Concepto y clases .....	539
A) Concepto y clases de Planes de Pensiones.....	539
B) Concepto y clases de Fondos de Pensiones .....	541
2. Principios básicos .....	542
A) Principio de no discriminación .....	542
B) Principio de capitalización .....	543
C) Principio de irrevocabilidad de las aportaciones.....	543
D) Principio de atribución de derechos.....	543
E) Principio de integración obligatoria .....	544
F) Limitación de las aportaciones anuales.....	544
IV. Modalidades: protección social de carácter asegurador.....	544
1. Mutualidades de Previsión Social.....	544
A) Concepto y requisitos.....	544
B) Caracteres.....	545
C) Contingencias protegidas.....	546
D) Patrimonio.....	547
2. Contrato de seguro colectivo .....	547
A) Concepto .....	547
B) Modalidades.....	548
C) Elementos personales.....	548
D) Contingencias protegidas .....	548
E) Obligación del asegurador .....	549
F) Tratamiento fiscal .....	549
Bibliografía .....	550

La presente edición del *Sistema de Derecho de la Protección Social* revisa y actualiza la anterior, incorporando y analizando las principales modificaciones experimentadas en este sector del ordenamiento jurídico desde el cierre de la precedente hasta el señalado para la actual, tanto en su producción normativa como en su aplicación judicial. Asimismo, se traen a colación los oportunos datos estadísticos cuando ello se considera preciso para comprender adecuadamente la regulación y la interpretación de las normas. Así también, los necesarios vínculos que guarda gran parte del contenido de la obra con nuestro *Sistema de Derecho del Trabajo* se referencian con las pertinentes remisiones al mismo.

Permanecen invariables, sin embargo, la estructura, el método y la finalidad de la obra, así como la distribución y coordinación del trabajo entre los autores.

La estructura de la obra se divide en tres partes: Configuración del Derecho de la Protección Social (parte 1ª), Protección Social Pública (parte 2ª) y Protección Social Privada (parte 3ª).

El método utilizado tiene carácter teórico-práctico, de forma que la explicación teórica se compagina con la interpretación y aplicación de las normas y los preceptos; fórmula óptima y contrastada en la práctica docente que sortea con éxito el riesgo de transitar por el ordenamiento de la protección social como mero consumidor y recitador de contenidos y no como activo y singular protagonista del propio aprendizaje. De aquí que método utilizado tenga una primordial finalidad pedagógica, suministrando los elementos técnicos necesarios para que el futuro jurista o el profesional que ejerza en este ámbito del ordenamiento jurídico puedan realizar con solvencia la tarea más compleja que el Derecho plantea siempre. No otra que la de saber interpretar y aplicar las reglas jurídicas, en nuestro caso las reglas jurídicas propias del Derecho de la Protección Social.