

# **Derecho de la Seguridad Social**

**Segunda Edición**

---



# Derecho de la Seguridad Social

## Segunda Edición

---

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de A Coruña*

**Alberto Arufe Varela**

*Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de A Coruña*

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de A Coruña*

**netbiblo**

[www.netbiblo.com](http://www.netbiblo.com)

## **DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. SEGUNDA EDICIÓN**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Libro realizado al amparo de la cobertura económica del proyecto de investigación SEJ2007-67443/JURI, cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia —Dirección General de Investigación— Subdirección General de Proyectos de Investigación (convocatoria publicada por Resolución de 29 de septiembre 2006 [BOE de 11 de octubre 2006]) y el FEDER.

**netbiblo**

[www.netbiblo.com](http://www.netbiblo.com)

DERECHOS RESERVADOS 2008, respecto a la segunda edición en español, por  
© Netbiblo, S. L.

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

[editorial@netbiblo.com](mailto:editorial@netbiblo.com)

ISBN 978-84-9745-236-6

Depósito Legal: C-248-2008

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

---

## ÍNDICE GENERAL

---

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN.....	XI
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN .....	XIII
ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES.....	XVII

### TEMA 1. CONCEPTO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN GENERAL VIGENTE

<b>Sumario:</b> §1. Concepto de Seguridad Social. §2. La etapa de los orígenes. §3. La etapa de la Previsión Social. §4. La etapa de la implantación y perfeccionamiento del sistema de Seguridad Social. §5. La LGSS.....	1
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

### TEMA 2. EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL

<b>Sumario:</b> §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los beneficiarios del Régimen General. §3. Beneficiarios activos. §4. Beneficiarios pasivos. §5. Beneficiarios familiares de los beneficiarios activos y pasivos .....	25
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### TEMA 3. LA CONSTITUCIÓN Y DINÁMICA DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

<b>Sumario:</b> §1. La relación jurídica de Seguridad Social. §2. La inscripción de empresa. §3. La afiliación del trabajador. §4. El alta del trabajador. §5. La cotización. §6. Las variaciones de datos. §7. La baja del trabajador. §8. Las situaciones asimiladas a la de alta. §9. El sistema de «Remisión Electrónica de Datos (RED)» .....	37
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### TEMA 4. LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN GENERAL

<b>Sumario:</b> §1. Las fuentes reguladoras. §2. El accidente de trabajo propiamente dicho. §3. Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo. §4. El accidente de trabajo <i>in itinere</i> . §5. Las enfermedades profesionales .....	59
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

**TEMA 5. LOS SUBSIDIOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD Y PATERNIDAD, Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA NATURAL EN EL RÉGIMEN GENERAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El subsidio de incapacidad temporal. §3. Los controles sanitarios oficiales de la contingencia de incapacidad temporal. §4. Los subsidios de maternidad y paternidad. §5. Los subsidios de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.....73

**TEMA 6. LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD PERMANENTE CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los equipos de valoración de incapacidades. §3. Los grados de la incapacidad permanente contributiva. §4. Los aspectos jurídicos de la incapacidad permanente contributiva. §5. Las prestaciones económicas por incapacidad permanente contributiva. §6. La revisión de la incapacidad permanente contributiva. §7. Las lesiones permanentes no invalidantes .....91

**TEMA 7. LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. La pensión por jubilación contributiva ordinaria. §3. La fijación de la cuantía de la pensión por jubilación contributiva ordinaria. §4. La pensión por jubilación contributiva anticipada. §5. La pensión por jubilación contributiva flexible..... 109

**TEMA 8. LAS PRESTACIONES DE PROTECCIÓN CONTRIBUTIVA DE LAS «UNIDADES FAMILIARES» EN EL RÉGIMEN GENERAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El auxilio por defunción. §3. La pensión de viudedad. §4. La pensión de orfandad. §5. Las prestaciones en favor de otros familiares de primer y segundo grado. §6. Las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional. §7. Otras prestaciones contributivas familiares de naturaleza no económica .....127

**TEMA 9. LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El Régimen Especial de la Minería del Carbón. §3. El Régimen Especial de Empleados de Hogar. §4. El Régimen Especial Agrario. §5. El Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. §6. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. §7. El Régimen Especial de Estudiantes..... 145

**TEMA 10. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los supuestos niveles «contributivo» y «asistencial» de la protección por desempleo. §3. La contingencia de desempleo. §4. Las prestaciones básicas por desempleo. §5. Las prestaciones complementarias por desempleo ..... 167

**TEMA 11. LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS NO CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. La asistencia social y la modalidad no contributiva de las prestaciones económicas de Seguridad Social. §2. La pensión por invalidez no contributiva. §3. La pensión por jubilación no contributiva. §4. Las prestaciones económicas de protección no contributiva de las «unidades familiares». §5. Los complementos para mínimos..... 189

**TEMA 12. LAS PRESTACIONES SANITARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

**Sumario:** §1. El derecho genérico a la protección de la salud y el derecho específico a la protección pública y gratuita de la asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud. §2. Los «titulares» y demás «beneficiarios» del derecho a la protección pública y gratuita de la asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud. §3. Las prestaciones médicas del Sistema Nacional de Salud. §4. Las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud. §5. Otras prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud ..... 205

**TEMA 13. LAS NORMAS COMUNES A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. Justificación de la necesidad de existencia de normas comunes a las prestaciones de Seguridad Social. §2. Las normas comunes relativas a todas las prestaciones del sistema, cualquiera que sea su naturaleza. §3. Las normas comunes relativas a las prestaciones de la misma naturaleza otorgadas por Regímenes distintos del sistema. §4. Las normas comunes relativas a la protección de las prestaciones económicas del sistema. §5. Las normas comunes relativas a los límites cuantitativos máximos aplicables a las prestaciones económicas del sistema. §6. Las normas comunes relativas a las incompatibilidades aplicables a las prestaciones económicas del sistema. §7. Las normas comunes relativas a la concurrencia de pensiones del sistema..... 221

**TEMA 14. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. Concepto y modalidades. §2. La gestión de prestaciones. §3. La colaboración en la gestión de prestaciones. §4. La prescripción y la caducidad de acciones en materia de gestión de prestaciones. §5. La gestión instrumental. §6. La colaboración en la gestión instrumental. §7. La proyectada Agencia de la Seguridad Social ..... 237

**TEMA 15. LAS RESPONSABILIDADES EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El principio de responsabilidad empresarial. §3. El principio de automaticidad de las prestaciones. §4. El principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social. §5. El procedimiento para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones..... 261

**TEMA 16. LA SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA**

**Sumario:** §1. Fundamentación constitucional. §2. Los servicios sociales y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. §3. Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social. §4. Las mejoras voluntarias de Seguridad Social. §5. Los planes y fondos de pensiones ..... 279



**TEMA 17. LA SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL**

**Sumario:** §1. Los emigrantes retornados con cotizaciones en el extranjero. §2. La solicitud de prestaciones contributivas españolas por emigrantes retornados con cotizaciones en España y en el extranjero. §3. La totalización de las cotizaciones en España y en el extranjero. §4. El cálculo de la base reguladora cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero. §5. El pago prorrateado de las prestaciones cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero. §6. La compatibilidad entre las prestaciones españolas prorrateadas y las prestaciones extranjeras de la misma naturaleza previamente causadas. §7. La colaboración instrumental entre las Administraciones de Seguridad Social española y extranjeras..... 293

**TEMA 18. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Funcionarios Civiles del Estado. §3. Fuerzas Armadas. §4. Personal al servicio de la Administración de Justicia. §5. Clases Pasivas del Estado..... 309

ÍNDICE ONOMÁSTICO ..... 323

ÍNDICE TÓPICO..... 331



Los recientes terremotos legislativos que han sacudido nuestra Seguridad Social —el último, operado por la Ley 40/2007 y ocurrido con fecha de efectos de 1 enero 2008— han afectado, como es lógico, a la primera edición de nuestro *Derecho de la Seguridad Social*, que salió al mercado editorial en septiembre de 2005. Confesamos con satisfacción, sin embargo, que las diversas medidas antisísmicas que aplicamos para estructurar y redactar esa edición, y que relatábamos en el Prólogo de la misma, han funcionado a plena satisfacción nuestra. En efecto, el edificio que ideamos entonces para albergar nuestra visión del Derecho español de la Seguridad Social ni se ha derrumbado ni se ha arruinado en absoluto, lo que explica que el concreto sumario de todos y cada uno de los dieciocho temas que integraban dicha primera edición hayamos podido mantenerlo ahora en la segunda, con sólo haber tenido que arreglar pequeños desconchones y desperfectos —a los que ni siquiera vale la pena aludir—, y tener que reparar, en realidad, únicamente tres grietas. Las causantes de estas últimas fueron la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad de mujeres y hombres, y las Leyes ordinarias 39/2006 y 18/2007, que obligaron a enmendar parcialmente los concretos sumarios —que de todas formas, en lo esencial, se mantuvieron incólumes— de los temas 5 (sobre «Los subsidios de incapacidad temporal, maternidad y paternidad, y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural en el Régimen General»), 9 (sobre «Los Regímenes Especiales de Seguridad Social») y 16 (sobre «La Seguridad Social complementaria»). Unas cuantas mejoras sustanciales

sí contiene esta segunda edición, aun cuando no se refieran ya a las estructuras del libro, fundamentalmente debidas a la incorporación de la producción bibliográfica de nuestra doctrina científica —espléndida, si la comparamos con la de otros países de nuestro entorno más próximo—, a la crítica publicada (incluso en alguna revista de ámbito estatal, conocida y leída por todos) que la primera edición del libro recibió, y también, a nuestras propias publicaciones en materia de Derecho de la Seguridad Social, español y comparado, respecto de las que la primera edición de este *Derecho de la Seguridad Social* tuvo el estímulo de resultar de algún modo ser, a la vez, causa y efecto. Por supuesto, en esta segunda edición, los tres autores seguimos responsabilizándonos de los mismos temas que individualmente firmábamos en la primera edición, aun cuando los tres —porque somos un equipo— nos hayamos corresponsabilizado, como era lógico, de todo el conjunto. Este conjunto ha sido posible gracias otra vez a nuestro generoso editor, la editorial Netbiblo, que saca a la luz esta edición justo en el momento en que nosotros quisimos.

LOS AUTORES  
A Coruña, enero 2008

Aunque el Derecho de la Seguridad Social forme parte irrenunciable de la hectárea de conocimiento que universitariamente profesamos los laboristas, la dedicación con rigor a él suele resultar por lo general muy poco gratificante, dadas las muchas complicaciones que dificultan la enseñanza del mismo a nuestros estudiantes —al menos, con el mismo nivel que solemos emplear en enseñarles y exigirles Derecho del Trabajo—, contando sólo con una porción del correspondiente curso académico (aunque pudiese ser una porción significativa, como en el caso de un trimestre completo, por ejemplo). Hablando con franqueza, en el Derecho de la Seguridad Social lo que repele es su carácter fragmentario y, en especial, la insufrible complejidad de sus múltiples fragmentos. Se trata de una complejidad exacerbada, además, por los continuos cambios que padecen las fuentes (y especialmente, las normativas de todo tipo) directamente reguladoras de los muchos fragmentos a ensamblar; y ello, hasta el punto incluso de poder hablarse de que es verdadera zona sísmica el terreno que aquí pisamos y en el que nos movemos.

A pesar de ello, descartamos conscientemente cuando nos pusimos a escribir la utilización de planteamientos metodológicos extremos. Tales serían, por ejemplo, los telescópicos (idóneos sólo, como es lógico, para mirar las cosas desde lejos) o, también, los microscópicos (más propios de obras de corte coyunturalista, como las centradas en la descripción, por ejemplo, de los efectos de los sismos sobre las cosas, por lo demás bien importantes para el conjunto de la ciudadanía, ubicadas en este peculiar terreno). Y es que en un manual universitario, orientado a la enseñanza del

Derecho «positivo» de la Seguridad Social, con sus leyes y sus casos, sólo cabía la utilización de distancias y planteamientos propios del justo medio. Además, por muy movidas que resultasen las fuentes jurídico-positivas a tener en cuenta, nos animaba a utilizar ese tercer tipo de distancias y de planteamientos «macroscópicos» —no precisados, por tanto, de ningún artificioso aparato corrector para poder mostrar la realidad jurídica que debíamos convertir en algo manejable y discible—, también el hecho de que en España existiese, desde antes incluso de la implantación efectiva de nuestro sistema de Seguridad Social, un estimulante elenco de laboristas asimismo especialistas «clásicos» en la materia, y que de seguro nunca consideraron malgastados en su día ni el tiempo ni el esfuerzo invertidos en poder concluir obras de tan extraordinaria complicación, como en las que se encuadra ésta.

En consecuencia, asumida —por inevitable— la carga de tener que trabajar en zona sísmica, por pura lógica se imponía la necesidad de aplicar a nuestro trabajo algunas técnicas compensatorias de la carga en cuestión; y más, al proponernos realizar un manual que queríamos perdurable en el tiempo, mediante su puesta al día con periodicidad bienal, a través de ediciones sucesivas. De entre las técnicas antisísmicas que aquí hemos utilizado, unas tienen que ver con el fondo del asunto, como la fidelidad extrema a lo que parecía más intocable en nuestra legislación general de Seguridad Social (su estructuración interna, por ejemplo, articulada en torno a la regulación del «Régimen General»), o el protagonismo estelar de las «prestaciones» (que nos llevó a distinguir, porque así lo imponía también la propia legislación general, las de Regímenes concretos y las de carácter transversal) o la cuidadosa separación de la fisiología y la patología en las múltiples instituciones que debíamos tratar (incluso en temas aparentemente sólo patológicos, como el de las «responsabilidades en orden a las prestaciones de Seguridad Social»). En cambio, otras fueron meramente formales —ya ensayadas hace un año en nuestro *Derecho del Trabajo*, asimismo publicado por Netbiblo—, como las tipográficas que permitiesen distinguir tres niveles de conocimiento distintos (marcados, a su vez, por tres tamaños distintos de letra), para así poder discriminar con claridad lo que nuestros estudiantes debían realmente conocer y estudiar, desgajando de este nivel primordial marcado por la letra grande —concebido, en principio, para resistir grandes sismos— otros dos niveles de conocimiento (complementario y de ampliación, marcados por letras más pequeñas), que pretendíamos pudiesen interesar incluso a especialistas de

todo tipo, aun muy implicados profesionalmente en la llevanza de asuntos jurídicos de Seguridad Social.

En cualquier caso, este manual resulta ser sólo un punto y seguido, pues también lo hemos concebido como el segundo de una serie de tres, a completar —pensando siempre en lo que universitariamente se avecina— con la elaboración de un tercer manual más, complementario del primero y del segundo, sobre Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuento para ello con el concurso imprescindible de los profesores Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez (a causa de su estímulo, confieso que he tenido que volver a embarcarme en el sacrificado aprendizaje de las lenguas extranjeras jurídicamente significativas, como única manera de poder seguir adelante). Su coautoría ha vuelto a funcionar, por segunda vez, con toda la precisión exigible a un reloj suizo, aunque en modo alguno esto a mí me extrañase, vista su trayectoria investigadora ejemplar desde hace ya bastantes años, también en este especializado sector de nuestra hectárea de conocimiento. Lo probaban sus sólidas monografías, entre otras varias publicaciones suyas igualmente sugerentes, sobre temas cardinales del Derecho español de la Seguridad Social.

Al igual que en nuestro *Derecho del Trabajo*, también hacemos constar aquí que los tres nos responsabilizamos del conjunto temático representado por este nuevo y segundo manual de la serie, aunque el profesor Arufe Varela firme en él su parte, como es lógico, constituida por los Temas 7 («Las pensiones por jubilación contributiva en el Régimen General»), 8 («Las prestaciones de protección contributiva de las “unidades familiares” en el Régimen General»), 9 («Los Regímenes Especiales de Seguridad Social»), 11 («Las prestaciones económicas no contributivas del sistema de Seguridad Social») y 18 («La Seguridad Social de los funcionarios públicos»); el profesor Carril Vázquez, a su vez, la que es suya, esto es, los Temas 2 («El campo de aplicación del Régimen General»), 3 («La constitución y dinámica de la relación jurídica de Seguridad Social en el Régimen General»), 6 («Las prestaciones económicas por incapacidad permanente contributiva en el Régimen General»), 13 («Las normas comunes a las prestaciones de Seguridad Social») y 17 («La Seguridad Social internacional»); y yo, lo restante.

J.M.G.

A Coruña, junio de 2005





---

## ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

---

AN	Audiencia Nacional.
Ar.	Repertorios de Jurisprudencia de <i>Aranzadi</i> (incluidos <i>Aranzadi Social</i> y TJCE, cuando se trata de sentencias en ellos registradas).
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española de 1978.
DLRT	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, aprobando el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
ET-1980	Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
FJ	Fundamento Jurídico.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
IMERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INEM	Instituto Nacional de Empleo.
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

INP	Instituto Nacional de Previsión.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IPREM	Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas.
ISM	Instituto Social de la Marina.
JS	<i>Jurisprudencia Social</i> (Ministerio de Trabajo).
Jur	Fondo jurisprudencial base de datos <i>Aranzadi</i> .
LCT-1931	Ley de 21 noviembre 1931, de Contrato de Trabajo.
LCT-1944	Decreto de 26 enero 1944, aprobando el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000.
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero 1881.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, aprobando el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial.
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, aprobando el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LPL-1990	Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990.
MUFACE	Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado.
MUGEJU	Mutualidad General Judicial.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
Orden APU	Orden del Ministerio de Administraciones Públicas.
Orden SCO	Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo.
Orden TAS	Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
SAN	Sentencia/s de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social).

STC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia/s del Tribunal Central de Trabajo.
STJCE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STSJ	Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social).
STS	Sentencia/s del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).
STSud	Sentencia/s del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), dictada en casación para la unificación de doctrina.
TC	Tribunal Constitucional.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal/es Superior/es de Justicia.

---

# TEMA 1

## CONCEPTO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN GENERAL VIGENTE

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Concepto de Seguridad Social. §2. La etapa de los orígenes. §3. La etapa de la Previsión Social. §4. La etapa de la implantación y perfeccionamiento del sistema de Seguridad Social. §5. La LGSS.

§1. La expresión «Seguridad Social» tiene un origen foráneo. Procede del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, habiéndose empleado allí, por vez primera, para dar nombre a la «Ley de Seguridad Social» (*Social Security Act*) promulgada durante el mandato del presidente Franklin D. ROOSEVELT, en 1935<sup>1</sup>. Hoy en España es una expresión constitucional, que nuestra CE utiliza en sus artículos 25.2, 41, 129.1 y 149.1.17<sup>a</sup>, aunque de estos cuatro preceptos el más ilustrativo sobre el tema sea el artículo 41<sup>2</sup>. De acuerdo con él —aunque desde luego no ofrezca ningún concepto explícito<sup>3</sup>—, cabe definir actualmente la Seguridad Social como aquella concreta modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo mediante prestaciones, sobre todo dinerarias, que el Estado financia. En esta definición destacan los tres elementos esenciales siguientes.

Reflexionando sobre el artículo 41 de la CE, la jurisprudencia constitucional afirma que este precepto no impone «un único modelo de Seguridad Social», pues meramente «consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia

---

<sup>1</sup> Al respecto, véase M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, 1ª edición, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1959), pág. 216, poniendo de relieve que dicha Ley norteamericana «creaba un Seguro de vejez, invalidez y muerte y regulaba ciertas medidas de beneficencia pública».

<sup>2</sup> Véase Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 17 ss.; también M.R., ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 45 ss.

<sup>3</sup> Sobre las dificultades para la elaboración de un concepto de Seguridad Social, aun manejando materiales jurídicos internacionales de carácter universal, véase L.E. DE LA VILLA GIL, «Estudio Preliminar», en L.E. DE LA VILLA GIL (Director) y I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA (Coordinadores), *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 35 ss.

ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar»; o dicho de otro modo, el precepto en cuestión lo que protege es «la garantía institucional de la Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social», impidiendo que «se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la Seguridad Social», aunque «dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida»<sup>4</sup>.

En primer lugar, que la Seguridad Social sea una concreta modalidad de actuación administrativa, tendente a convertirse en un verdadero servicio público (aunque también posea importantes ingredientes de actuación administrativa de policía y, en menor medida, de fomento)<sup>5</sup>. Su indiscutible naturaleza jurídico-pública viene impuesta por el artículo 41 de la CE, que comienza ordenando que «los poderes *públicos* mantendrán un régimen *público* de Seguridad Social para todos los ciudadanos...». Ahora bien, a pesar de la naturaleza propia del Derecho Administrativo que el Derecho de la Seguridad Social tiene, los pleitos que suscita no son —como regla— contencioso-administrativo, sino verdadero contencioso laboral, pues la LPL afirma —siempre con el carácter de regla general— que «los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo» [artículo 2.b)]<sup>6</sup>.

Confirmando la constitucionalidad de la «privatización» de parte de la prestación económica por incapacidad temporal (al responsabilizar de su pago al empresario), ocurrida en 1992, la jurisprudencia constitucional sostuvo que «la garantía institucional del sistema de Seguridad Social [contenida en el artículo 41 de la CE] impone... el carácter público del mencionado sistema», aunque «este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema *en su conjunto*, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados *del conjunto* a que pertenecen»<sup>7</sup>.

Del carácter jurídico-público de la Seguridad Social deriva la imperatividad de las normas que la regulan<sup>8</sup> y, como consecuencia de ella, la irrenunciabilidad de los derechos que dichas normas reconocen a los beneficiarios<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Todas estas afirmaciones, en STC 197/2003, de 30 octubre, y las que cita. Al respecto, véase M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Relaciones entre empleo y Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2002), págs. 8-9.

<sup>5</sup> Acerca de la originaria política de Previsión Social, como política de fomento del aseguramiento de los riesgos específicos o genéricos que gravitaban sobre los obreros, véase *infra*, §2.

<sup>6</sup> Sobre el tema, clásico, véase M. ALONSO OLEA, *Seguridad Social y jurisdicción*, Ministerio de Trabajo-INP (Madrid, 1966), págs. 5 ss. Para mayores detalles acerca de este asunto crucial, en la actualidad, cfr. *infra*, Tema 14, §1.

<sup>7</sup> Por todas, STC 37/1994, de 10 febrero. Además, véase A. MONTOYA MELGAR, «Sobre la constitucionalidad del Decreto-ley que desplaza desde la Seguridad Social hasta el empresario el pago del subsidio de ILT desde el cuarto al decimoquinto día de baja», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XV, Civitas (Madrid, 1998), págs. 212 ss.

<sup>8</sup> Véase *infra*, Tema 16, §1.

<sup>9</sup> Véase *infra*, Tema 13, §2.

Por eso mismo, cuando la legislación prevé la posibilidad de estipular contratos específicos con la Administración de la Seguridad Social —como en el caso, por ejemplo, de los «convenios especiales» suscribibles por los beneficiarios con dicha Administración—, suele tratarse de contratos muy intervenidos, que dejan escaso margen al juego de la autonomía individual<sup>10</sup>.

En segundo lugar, que sea una concreta modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo. Precisamente porque de estas rentas es de lo que vive la inmensa mayoría de la población, resulta lógico que se presuma que su pérdida les ocasiona a los ciudadanos una «situación de necesidad», tanto por defecto de ingresos (en casos de incapacidad, desempleo, jubilación, etc.) como por exceso de gastos (por ejemplo, por nacimiento de hijos), ante la que no cabe que los poderes públicos permanezcan impasibles<sup>11</sup>. Lo impide el artículo 41 de la CE, al indicar que dichos poderes mantendrán la Seguridad Social «... para todos los ciudadanos... ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...»<sup>12</sup>.

La citada función compensatoria ha sido enérgicamente destacada por la jurisprudencia constitucional, al negar a ciertas «ayudas económicas por cesantía», concedidas por la Comunidad Autónoma del País Vasco, la «naturaleza de prestaciones de Seguridad Social, pues carecen de la función sustitutiva de rentas característica de aquéllas»<sup>13</sup>.

Acerca de la compensación en cuestión, la jurisprudencia constitucional afirma igualmente que el artículo 41 de la CE no tiende «a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección», pues dicho precepto «no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)»<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sobre el tema, con estudio realmente ejemplar, véase A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 5 ss. Acerca de la libertad de contratación en este contexto, y su fundamentación constitucional en el inciso 2º del artículo 41 de la CE («la asistencia y prestaciones complementarias serán libres»), véase *infra*, Tema 16, §1.

<sup>11</sup> Véase C. MOLINA NAVARRETE, «Las metamorfosis de la cuestión social: ¿Del “welfare” state al “workfare” state? Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales», en el vol. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. Parte I*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1999), págs. 55 ss.

<sup>12</sup> La referencia constitucional específica al «desempleo» se explica, por causa del paro galopante y sin precedentes que existía en España cuando la CE se redactó, cifrado por aquel entonces en más de un millón de personas. Sobre «principio de igualdad y protección por desempleo», véase I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», en el vol. *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1997), págs. 196 ss.

<sup>13</sup> Cfr. STC 76/1986, de 9 junio.

<sup>14</sup> Cfr. SsTC 103/1983, de 22 noviembre; y 104/1983, de 23 noviembre. Sobre ella, véase J. GÁRATE CASTRO, «Tendencias actuales de la seguridad social en España», en *Actas XII Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 177 ss.

Ahora bien, aunque «mínimo de subsistencia» y «situación de necesidad» no se identifiquen en absoluto, el legislador ordinario dispone —según la jurisprudencia constitucional— de un amplio margen de discrecionalidad para precisar lo que deba entenderse por dicha «situación de necesidad» protegible por la Seguridad Social en un momento dado, en función siempre de las posibilidades económicas del sistema<sup>15</sup>. De ahí que el TC haya reputado irreprochablemente constitucionales modificaciones regresivas de la legislación ordinaria de Seguridad Social, como las relativas a la supresión de ciertos privilegios tradicionales de las prestaciones de Seguridad Social (por ejemplo, su radical inembargabilidad)<sup>16</sup>, o a la imposición de topes anuales a la cuantía máxima de las pensiones (concluyendo, respecto de los topes impuestos por vez primera en 1984, que «no puede afirmarse que pensiones iguales... a 187.950 pesetas no cubran las situaciones de necesidad»)<sup>17</sup>, o a la alteración de los requisitos para causar derecho a las pensiones topadas (por ejemplo, bajar de 70 a 65 años la edad de jubilación forzosa de los funcionarios)<sup>18</sup> o a la supresión de prestaciones por las que obligatoriamente se venía cotizando («en relación con las prestaciones de la Seguridad Social no existen derechos adquiridos»)<sup>19</sup>.

En tercer lugar, que sea una modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de las rentas de trabajo mediante prestaciones financiadas por el Estado. Estas prestaciones de Seguridad Social pueden ser prestaciones en especie o *in natura* (como, por ejemplo, las sanitarias o las de los servicios sociales para discapacitados, personas de la tercera edad o personas en situación de dependencia)<sup>20</sup>, aunque la regla general es que se trate de prestaciones dinerarias (como indemnizaciones, subsidios y sobre todo pensiones). Y a ellas alude asimismo el artículo 41 de la CE, cuando obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social, «...que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes...», frente a las situaciones de necesidad citadas<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> Analizando la jurisprudencia constitucional denegatoria de amparo en materia de solicitud de pensión de viudedad por supérstites de parejas de hecho (aunque, según el TC, «el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema... y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales»), véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 7 ss.

<sup>16</sup> Cfr. STC 113/1989, de 22 junio.

<sup>17</sup> Cfr. STC 134/1987, de 21 julio.

<sup>18</sup> Cfr. STC 108/1986, de 29 julio, en la que se reconocen —pero sin perjuicio de la constitucionalidad de la medida— «los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos, los cuales deberían «merecer algún género de compensación» (por cierto, nunca producida). Reiterándola, véanse SsTC 99/1987, de 11 junio; y 127/1987, de 16 julio.

<sup>19</sup> Cfr. STC 65/1987, de 21 mayo.

<sup>20</sup> Por excepción, también puede tratarse de prestaciones de contenido puramente jurídico, como las previstas en el artículo 180 de la LGSS, a propósito de las prestaciones familiares en su modalidad contributiva (cfr. *infra*, Tema 8, §7).

<sup>21</sup> Véase, además, el artículo 50 de la propia CE, según el cual «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» (inciso 1º).

El dato de la financiación por el Estado de las prestaciones, especialmente las dinerarias, resulta clave para que pueda hablarse de verdaderas prestaciones de Seguridad Social<sup>22</sup>. De ahí que la jurisprudencia constitucional haya negado tal carácter a ciertas ayudas económicas de las Comunidades Autónomas (a pesar de parecerse materialmente mucho a las verdaderas prestaciones de Seguridad Social, pues se trataba de ayudas económicas «complementarias a las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas»), por la sencilla razón de que dichas ayudas estaban «a cargo de los presupuestos autonómicos» y, por ello mismo, «no interfieren ni quebrantan el régimen económico unitario de la Seguridad Social, ya que... no generan obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado»<sup>23</sup>.

Según la propia jurisprudencia constitucional, «una interpretación del artículo 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social y otra “externa” de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas»<sup>24</sup>, en la que justamente encajan las ayudas autonómicas del tipo de las recién citadas.

El artículo 148.1.20ª de la CE es el precepto que atribuye competencia a las Comunidades Autónomas en materia de «Asistencia social»<sup>25</sup>.

**§2.** La Seguridad Social tal y como hoy la conocemos es el resultado de una evolución histórica sumamente compleja<sup>26</sup>, cuyos orígenes remotos se retrotraen al año 1900. En esta etapa originaria, lo más característico fue la existencia de una política estatal de fomento de los seguros voluntarios o facultativos de algunos riesgos susceptibles de afectar a los obreros<sup>27</sup>, ya se tratase de riesgos profesionales (esto es, específicos sólo de los trabajadores, como el accidente de trabajo), ya de riesgos comunes (esto es, no específicos sólo de los trabajadores, como en el caso de la vejez, por ejemplo)<sup>28</sup>. Durante todo este período inicial, el aseguramiento voluntario frente a dicha clase de riesgos pretendió fomentarse por el Estado mediante la utilización de dos estímulos radicalmente diversos para la estipulación de los correspondientes seguros voluntarios.

<sup>22</sup> Acerca de las peculiaridades de la financiación de las prestaciones sanitarias y de las de dependencia, véase *infra*, Tema 12, §1, y Tema 16, §2, respectivamente.

<sup>23</sup> Cfr. STC 239/2002, de 11 diciembre; también, artículo 38.4 de la LGSS (en la redacción que le dio la Ley 4/2005, de 22 abril. Esta doctrina había sido anticipada ya por la STC 76/1986, de 9 junio. Véase M.C PALOMEQUE LÓPEZ, «El principio constitucional de “unidad del orden económico nacional” y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1999-3, págs. 901 ss.

<sup>24</sup> Cfr. STC 239/2002, de 11 diciembre.

<sup>25</sup> Acerca de esto, véase *infra*, Tema 11, §1.

<sup>26</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 15 ss.

<sup>27</sup> Véase F. GARCÍA ORTUÑO, *Seguros privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo (Madrid, 1976), especialmente págs. 67 ss.

<sup>28</sup> Como puso de relieve en su día E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar (Madrid, 1962), pág. 144, la distinción doctrinal «riesgos genéricos»-«riesgos específicos» se debe a Francesco CARNELUTTI, quien la había formulado ya en 1913.



La puesta en práctica de esta política estatal de fomento del aseguramiento voluntario trae causa del hecho de que la pérdida por los obreros de sus rentas salariales (por enfermedad, muerte, etc.) acabó convirtiéndose en el siglo XIX en un gravísimo problema social, agudizado por un triple orden de circunstancias: 1) la definitiva desaparición (en 1836) de las instituciones gremiales (llamadas «Montepíos» o «Montes de piedad») tradicionalmente protectoras a estos efectos de los individuos agremiados (aprendices, oficiales y maestros)<sup>29</sup>; 2) la absoluta ineficacia de las instituciones teóricamente sucesoras de estas viejas instituciones gremiales (denominadas, a partir de 1839, «sociedades de socorros mutuos»), perseguidas por el Estado decimonónico, al encubrir la actuación —entonces prohibida— de los sindicatos<sup>30</sup>; y 3) la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo de los años 1897 y 1898, sobre irresponsabilidad del empresario por los accidentes ocurridos a sus obreros «en acto de servicio» (salvo prueba por los propios obreros de la culpa o negligencia empresarial en el accidente)<sup>31</sup>.

El primero de estos dos estímulos, regulado en la Ley de accidentes de trabajo de 30 enero 1900, fue la imputación al empresario de responsabilidad objetiva —esto es, aunque no hubiese mediado su culpa o negligencia— por los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores; imputación que estimulaba el aseguramiento voluntario por el empresario de dicha responsabilidad objetiva suya, «en una Sociedad de seguros debidamente constituida»<sup>32</sup>. Y el segundo estímulo, regulado en una Ley de 27 febrero 1908, fue la bonificación por el Estado de pensiones de retiro a los obreros, siempre y cuando concertasen el seguro voluntario de vejez que administraba entonces el Instituto Nacional de Previsión, organismo público que esta misma Ley de 1908 creaba.

Según su artículo 1, «se organizará por el Estado un Instituto Nacional de Previsión para los siguientes fines: primero, difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; segundo, administrar la mutualidad de asociados que al efecto, y voluntariamente, se constituya bajo este patronato en las condiciones más beneficiosas para los mismos; tercero, estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación, con carácter general o especial, por entidades oficiales

---

<sup>29</sup> A dichas viejas instituciones gremiales protectoras se refería una Resolución de 25 junio 1783, dada por Carlos III a consulta del Consejo de Castilla (reproducida luego como ley 6 del título 2 del libro 1 de la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805), mandando que «todas las cofradías de oficiales o gremios se... conmuten o substituyan en Montes píos». Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, cit., págs. 19-20.

<sup>30</sup> *Ibidem*, págs. 20-22. Acerca de la patética información que sobre la situación de dichas «sociedades de socorros mutuos» hizo pública, en 1893, la Comisión de Reformas Sociales, véase S. CASTILLO (Editor), *Reformas Sociales. Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893*, t. I, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1985), pág. CCXVI.

<sup>31</sup> Acerca de esta jurisprudencia, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 65.

<sup>32</sup> Artículo 12 de la Ley. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 69.

o particulares». Tales bonificaciones se efectuaban con cargo a un «Fondo general de bonificación de pensiones», que gestionaba en exclusiva dicho Instituto<sup>33</sup>.

El primero de los dos estímulos en cuestión fomentó con bastante éxito la estipulación por los empresarios de seguros voluntarios de accidentes de trabajo —administrados en la época por compañías privadas de seguros<sup>34</sup> y mutuas patronales<sup>35</sup>—, hasta el punto incluso de que, en 1917, «la práctica de este seguro se había generalizado en tales términos que casi parecía impuesta por la ley de modo imperativo»<sup>36</sup>. En cambio, el segundo estímulo —esto es, la política estatal de bonificación o mejora de pensiones de retiro, llamada entonces de «libertad subsidiada»<sup>37</sup>— resultó un rotundo fracaso<sup>38</sup>, por causa de que el obrero, carente de toda capacidad de ahorro, no concertaba el correspondiente contrato voluntario de seguro de retiro con el Instituto Nacional de Previsión. Por eso, el Estado se vio obligado a cambiar luego esta originaria política suya de mero fomento del aseguramiento voluntario de los riesgos en cuestión, sobre todo después de celebrarse en Madrid una «Conferencia sobre Seguros Sociales» —convocada por un Real Decreto de 29 julio 1917—, que contribuyó decisivamente a difundir en España los avances de la legislación europea sobre seguros sociales obligatorios, y en especial, la promulgada a iniciativa del canciller Otto Von BISMARCK en Alemania, en los años 1883, 1884 y 1889.

Esta precoz legislación imperial alemana implantó seguros sociales obligatorios de enfermedad en la industria (por Ley de 13 junio 1883), de accidentes de trabajo en la industria (por Ley de 6 julio 1884) y de invalidez y vejez (por Ley de 22 junio 1889)<sup>39</sup>.

**§3.** Este cambio de política abrió una nueva etapa en la configuración de la Seguridad Social española, a partir de 1917, que es la etapa de los verdaderos seguros «sociales» (o seguros sociales «obligatorios»), también

<sup>33</sup> Cfr. artículos 20 y 37 de la propia Ley.

<sup>34</sup> Un Real Decreto de 27 agosto 1900 reguló, por vez primera, las condiciones en que estas sociedades mercantiles podían sustituir a los patronos en su responsabilidad.

<sup>35</sup> Fueron reguladas, por vez primera, en una Real Orden de 10 noviembre 1900. Sobre su evolución histórica, véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las mutuas patronales*, Civitas (Madrid, 1986), págs. 44 ss.

<sup>36</sup> Véase M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González (Madrid, 1955), pág. 205.

<sup>37</sup> Véase Reglamento de 17 agosto 1910, sobre «régimen de operaciones y financiero de libertad subsidiada», de desarrollo de la Ley citada de 27 febrero 1908.

<sup>38</sup> Salvo en el sector de los ferrocarriles, en el que llegaron a crearse «montepíos» para cubrir el riesgo de retiro, luego «exceptuados» del régimen del seguro obligatorio de vejez.

<sup>39</sup> Véase M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, cit., págs. 121 ss.

conocida con el nombre de etapa de la Previsión Social, radicalmente caracterizada por su insufrible asistematicidad<sup>40</sup>.

En esta época hizo fortuna en España cierta conocidísima afirmación del libro de Carlos G. POSADA, *Los seguros sociales obligatorios*, relativa a que «los seguros sociales, o son obligatorios o no son nada»<sup>41</sup>.

En materia de riesgos profesionales (recuérdese, los específicos sólo de los trabajadores, como el accidente de trabajo), el tránsito del aseguramiento voluntario al aseguramiento obligatorio se inicia en 1919<sup>42</sup>, con la implantación del seguro obligatorio de accidentes de mar, que fue el primer seguro social obligatorio que funcionó en España<sup>43</sup>. Tras él, se implantó en 1931 el seguro obligatorio de accidentes de trabajo en la agricultura<sup>44</sup>. Y en 1932, el de accidentes de trabajo en la industria<sup>45</sup>, del cual se desgajó, en 1941, el seguro obligatorio de silicosis<sup>46</sup> —enfermedad profesional considerada hasta entonces, al igual que el resto de enfermedades profesionales, una subespecie del accidente de trabajo<sup>47</sup>—, embrión del posterior seguro obligatorio de enfermedades profesionales, creado en 1947<sup>48</sup>.

Evidentemente, en todos estos casos, el empresario era el único obligado a pagar la prima de los correspondientes seguros obligatorios, pues seguía siendo responsable originario

<sup>40</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La etapa de Previsión Social en España», en el vol. *Seguridad Social. Una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2001), págs. 45 ss.

<sup>41</sup> Cfr., en relación con dicho libro, su 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1944), pág. 6.

<sup>42</sup> Por Real Decreto de 15 octubre de dicho año, cuyo contenido pasó a integrar luego el contenido del Libro III del Código del Trabajo de 1926. Acerca de dicho Real Decreto, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 75 ss.

<sup>43</sup> El seguro obligatorio de vejez, aunque creado siete meses antes, no resultó operativo hasta 1921.

<sup>44</sup> Véanse Decreto-ley de 12 junio de dicho año y su reglamento de 25 agosto 1931.

<sup>45</sup> Véanse Ley de bases de 4 julio y Decreto-ley de 8 octubre, ambos de dicho año.

<sup>46</sup> Véase Decreto de 3 septiembre de dicho año. Con anterioridad, una Ley de 13 julio 1936 había dado regulación a las enfermedades profesionales, por vez primera en España; pero se trata de una Ley que cayó en *desuetudo*, por causa de nuestra guerra civil.

<sup>47</sup> La exposición de motivos del recién citado Decreto de 3 septiembre 1941 afirmaba lo siguiente: aunque «el concepto legal de accidente de trabajo comprende la enfermedad profesional, según lo ha venido declarando con reiteración el Tribunal Supremo» —el precedente judicial había sido una STS (Sala 1ª) de 17 junio 1903, relativa a la «intoxicación llamada *saturnina*», luego reiterada por otras muchas—, «la enfermedad profesional denominada silicosis... alcanza en determinadas industrias caracteres de magnitud y de volumen... tal, que aconsejan encuadrar en un marco distinto del seguro ordinario de accidentes de trabajo».

<sup>48</sup> Véase Decreto de 10 enero de dicho año, reglamentado por Orden Ministerial de 19 julio 1949. Estas normas fueron luego derogadas por Decreto 792/1961, de 13 abril —reglamentado por Orden Ministerial de 9 mayo 1962—, creador del «Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», que actuaba como asegurador real y directo de enfermedades profesionales.

(y con responsabilidad objetiva, recuérdese) de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en cuestión<sup>49</sup>.

Sobre esta base, la responsabilidad de la aseguradora del riesgo profesional, en caso de haberse concertado el seguro obligatorio, fue considerada por los tribunales laborales «sustitutoria» de la del empresario, hasta 1956, y «subrogada», a partir de esa fecha<sup>50</sup>.

El estímulo aparente para la implantación de los seguros sociales obligatorios de accidentes de trabajo en la agricultura y en la industria fue la ratificación por España de los convenios núms. 12 y 17 de la OIT (ratificaciones ocurridas en 1931 y 1928, respectivamente)<sup>51</sup>.

En materia de riesgos comunes (recuérdese, los no específicos sólo de los trabajadores, como la vejez), el tránsito del aseguramiento voluntario al aseguramiento obligatorio también se inicia en 1919, pues en este año se promulgó un Real Decreto-ley sobre «intensificación de retiros obreros», que creó en España el seguro obligatorio de vejez<sup>52</sup>. Ese seguro abrió paso a la implantación de una pluralidad de seguros sociales obligatorios de riesgos comunes muy diversos, puestos en funcionamiento a lo largo de un dilatado período, que se prolonga hasta la década de los años cincuenta del siglo pasado. Los hitos más significativos de este proceso fueron los siguientes: 1) en 1929, se creó el seguro obligatorio de maternidad<sup>53</sup>; 2) en 1938, el seguro obligatorio de cargas familiares<sup>54</sup>; 3) en 1942, el seguro obligatorio de enfermedad común (o «SOE») <sup>55</sup>; 4) en 1947, el seguro obligatorio de invalidez común<sup>56</sup>; y 5) en 1955, el seguro obligatorio de muerte y supervivencia, para proteger la contingencia de viudedad<sup>57</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. SsTS de 16 diciembre 1953 (Ar. 3318), 14 enero 1954 (Ar. 95) y 6 junio 1955 (Ar. 1981), entre otras muchas. Acerca de la legislación española de accidentes de trabajo (1922, 1926) inmediatamente subsiguiente a la Ley de 30 enero 1900, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., págs. 69 (nota 9) y 72.

<sup>50</sup> Cfr. SsTS de 25 enero 1950 (Ar. 158), 29 febrero 1952 (Ar. 359) y 13 marzo 1952 (Ar. 375), a propósito de la primera, y STS de 17 marzo 1958 (Ar. 746), a propósito de la segunda. Sobre estos temas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Litisconsortes pasivos necesarios en procesos de Seguridad Social», *Revista de Política Social*, núm. 130 (1981), págs. 249 ss.

<sup>51</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La etapa de Previsión Social en España», cit., pág. 48, notas 15 y 16.

<sup>52</sup> Se trata del Real Decreto-ley de 11 marzo 1919, de imposible aplicación hasta la promulgación de su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto de 21 enero 1921, que no entró en vigor hasta seis meses después de publicado. Acerca de este último reglamento, véase A. MONTOYA MELGAR, «Sobre los orígenes del seguro social en España (Una conferencia de don José Maluquer en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80 (1996), págs. 961 ss.

<sup>53</sup> Por Real Decreto-ley de 22 marzo de dicho año.

<sup>54</sup> Por Ley de 18 julio de dicho año (reglamentada por Decreto de 20 octubre 1938), cuyo fin era «proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena, un auxilio económico en relación con el número de hijos o asimilados... que tengan a su cargo y vivan en su hogar» (artículo 1).

<sup>55</sup> Por Ley de 14 diciembre de dicho año.

<sup>56</sup> Por Decreto de 18 abril de dicho año, que distinguía entre invalidez permanente provocada por riesgos comunes (esto es, accidente no laboral y enfermedad común) e invalidez provisional (o «enfermedad prolongada») producida por esos mismos riesgos.

<sup>57</sup> Por Decreto-ley de 2 septiembre de dicho año, cuya exposición de motivos afirmaba que resultaba «oportuno subsanar cuanto antes una sentida necesidad, estableciendo pensiones de viudedad en favor de las viudas de trabajadores» cubiertos por los seguros obligatorios de vejez e invalidez.

En cuanto a la obligatoriedad del seguro social de vejez creado en 1919, téngase en cuenta que se trataba de un seguro obligatorio sólo para el empresario, quien debía abrir al obrero una «libreta de ahorro» para ingresar en ella cierta «cuota» periódica, al efecto de constituir un capital que asegurase en el futuro el pago de la pensión de retiro correspondiente, pues —según la normativa reguladora de este primitivo seguro social— «si bruscamente se impusiera al obrero la obligación de contribuir a las pensiones, una gran masa de trabajadores procuraría eludirla». Además, a pesar de su carácter obligatorio, la implantación de este seguro todavía seguía respondiendo a una política administrativa de mero fomento del aseguramiento, que confiaba estimular el cumplimiento por el empresario de sus obligaciones de asegurar y cotizar, únicamente mediante la concesión al mismo de ciertos derechos y privilegios (optar a concesiones administrativas, poder ser elector o elegible en elecciones públicas de carácter social, etc.)<sup>58</sup>.

Los seguros obligatorios subsiguientes de riesgos comunes rectificaron, sin embargo, la política a que respondía el seguro obligatorio de retiro en tres aspectos importantes. En primer lugar, sustituyendo el mecanismo de acumulación de capitales en libretas de ahorro para financiar el pago posterior de las prestaciones (técnica llamada de «capitalización»), sistemáticamente a partir de 1929, por el mecanismo llamado de «reparto»<sup>59</sup>. En segundo lugar, imponiendo la cuota obrera —también a partir de 1929— junto a la cuota patronal, para así contribuir ambas a la financiación de los seguros. Y en tercer lugar, creando un nuevo estímulo que fomentase más radicalmente el cumplimiento por el empresario de sus obligaciones de asegurar al obrero y de ingresar las cuotas (patronal y obrera) de los seguros correspondientes, y que consistió en la imposición de responsabilidad al propio empresario por incumplimiento de tales obligaciones; responsabilidad consistente en la obligación de pagar al obrero no cubierto por el seguro las prestaciones que podría haber causado<sup>60</sup>.

Téngase en cuenta, además, que los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes tenían el carácter de protección mínima, que era mejorada por otros seguros complementarios asimismo obligatorios, cuyas normas reguladoras más importantes en la época fueron dos. De un lado, la Orden Ministerial de 29 marzo 1946, que impuso a las empresas la obligación de pagar a sus trabajadores, de acuerdo con un sistema de asignación de «puntos», el llamado *plus de cargas familiares*, que «venían incluyendo las Reglamentaciones de Trabajo dictadas a partir de abril del año 1942», como complemento del seguro obligatorio de cargas familiares. De otro lado, el Decreto de 10 agosto 1954 (desarrollado por Orden Ministerial de 10 septiembre del propio año), regulador del *Mutualismo Laboral*, que era un sistema de seguros obligatorios por ramas de la producción (lo que hoy llamaríamos sectores económicos), complementario de la acción protectora de los seguros sociales obligatorios de vejez, invalidez y muerte y supervivencia, administrado por instituciones creadas o reorganizadas a partir de 1942, conocidas con el nombre genérico de «Mutualidades Laborales»<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Acerca de todos estos temas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La etapa de Previsión Social en España», cit., págs. 49-50.

<sup>59</sup> Como afirman M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edición, Civitas (Madrid, 2002), pág. 486, en la financiación de cualquier sistema de Seguridad Social, «la disyuntiva es entre un sistema de *capitalización*, en que cada generación soporta sus propios riesgos presentes y futuros, o uno de *reparto* [financiación sobre la marcha “pay as you go” o “PAYGO”], en que... cada generación soporta los suyos actuales y los actuales de generaciones pasadas (a cambio de que los suyos futuros sean soportados obligatoriamente por generaciones futuras)».

<sup>60</sup> Tras muchas vacilaciones jurisprudenciales (que generaron entre 1942 y 1958 la doctrina llamada de «compensación de culpas»), este sistema de imputación de responsabilidad al empresario en orden a las prestaciones correspondientes a los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes no se generalizó hasta la promulgación del Decreto 931/1959, de 4 junio. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La etapa de Previsión Social en España», cit., págs. 52-54.

<sup>61</sup> Acerca de su evolución, véase J.L. MEILÁN GIL, *El Mutualismo Laboral. Un estudio jurídico*, CSIC (Madrid, 1963), págs. 88 ss.

A diferencia de los seguros sociales obligatorios de riesgos profesionales, este otro cúmulo de seguros sociales obligatorios de riesgos comunes se caracterizaba por su falta de cobertura general, pues sólo podían beneficiarse de ellos los trabajadores económicamente más débiles (esto es, aquellos cuyos salarios no superasen ciertos topes, progresivamente fijados hasta 1959)<sup>62</sup>, siempre y cuando trabajasen, además, precisamente en la industria o los servicios. La segunda de estas dos limitaciones era, sin duda, la de mayor relevancia práctica, pues impedía otorgar protección a un numeroso colectivo de trabajadores económicamente débiles, que era el grueso de los trabajadores del sector primario. Y de ahí la necesidad de promulgar normas que extendiesen el ámbito de aplicación de los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes a colectivos especiales de trabajadores hasta entonces desprotegidos. De estas normas, la primera fue una Ley de 1943, creadora del llamado «Régimen especial de los seguros sociales *en la agricultura*»<sup>63</sup>. Y tras ella, se promulgó el propio año 1943 un Decreto, sobre «aplicación a los *pescadores* de los distintos Regímenes sobre subsidios y seguros sociales, de carácter obligatorio»<sup>64</sup>.

La implantación de estos nuevos seguros sociales obligatorios se hizo, sin embargo, sobre la base de una total falta de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, a diferencia de lo que ocurría en la hipótesis de los seguros sociales obligatorios de riesgos profesionales —en los que dicha responsabilidad, recuérdese, era originaria (y objetiva)— y a diferencia asimismo de los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes en la industria y los servicios —en los que dicha responsabilidad, recuérdese también, era derivada, por incumplimiento de las obligaciones de afiliar o cotizar—, dado que aquí incumbía al propio trabajador el cumplimiento de la obligación legal de afiliarse y, además, los descubiertos de cotización imputables al empresario sólo generaban el deber de ingresar las cuotas (patronales y obreras) no prescritas, más ciertos recargos<sup>65</sup>.

Estas peculiaridades explican que los trabajadores *autónomos* agropecuarios y del mar también quedasen incluidos, junto a los por cuenta ajena, en el ámbito de cobertura de los regímenes especiales de seguros obligatorios en cuestión.

<sup>62</sup> Estos topes, que no jugaban en la hipótesis del seguro de cargas familiares, evolucionaron desde las 4.000 pesetas anuales, de 1919, hasta las 40.000 asimismo anuales fijadas por el Decreto 931/1959, de 4 junio (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, cit., pág. 41, nota 61).

<sup>63</sup> Se trata de la Ley de 10 febrero de dicho año. Téngase en cuenta que la aplicación en la agricultura de los seguros sociales obligatorios de cargas familiares y de vejez, inicialmente posible, fue prohibida por Ordenes Ministeriales de 10 enero 1940 y 2 febrero 1940, respectivamente; todo ello, por causa de «deficiencias de inscripción en el censo agropecuario, retraso en el sistema recaudatorio de las cuotas patronales agrícolas...», así como por la constante «obsesión por la solvencia» que tan fuertemente caracterizó al Instituto Nacional de Previsión en los primeros años de su existencia» (cfr. M.<sup>ª</sup>E. CASAS BAAMONDE, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, IEP [Madrid, 1975], págs. 99-100).

<sup>64</sup> Se trata del Decreto de 29 septiembre de dicho año. Acerca del mismo, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 103 ss.

<sup>65</sup> Acerca de todo esto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La etapa de Previsión Social en España», cit., págs. 57-58.

La misma falta de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones caracterizó igualmente otros seguros obligatorios posteriores, que permitieron extender todavía más el ámbito de cobertura de los seguros sociales obligatorios, como el de *estudiantes* (creado en 1953)<sup>66</sup>, el de *servidores domésticos* (creado en 1959)<sup>67</sup> o el de *autónomos* del comercio, la industria y los servicios (creado en 1960)<sup>68</sup>.

Como es fácil imaginar, la progresiva implantación de todo este cúmulo de seguros sociales obligatorios, tanto de riesgos profesionales como de riesgos comunes, acabó provocando un caos burocrático y normativo, dada la coexistencia de muchísimos regímenes jurídicos distintos —tantos como seguros sociales obligatorios— totalmente inconexos entre sí. Esto explica que ya a partir de la década de los años cuarenta del siglo pasado se dictasen normas para intentar coordinar y simplificar de algún modo toda esa caótica pluralidad de regímenes jurídicos distintos. En relación con los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes, las más importantes de estas normas coordinadoras y simplificadoras fueron dos: 1) un Decreto de 1947, integrando el seguro de invalidez común —que creaba— y el seguro de vejez —que reorganizaba— en un único seguro obligatorio de vejez e invalidez, popularmente llamado «SOVI»<sup>69</sup>; y 2) un Decreto de 1948, estableciendo un procedimiento unificado de afiliación y cotización aplicable al SOVI y a los seguros obligatorios de cargas familiares y de enfermedad común<sup>70</sup>, que por ello mismo —a pesar del limitado alcance de su unificación— se conocieron luego con el nombre de «seguros sociales unificados»<sup>71</sup>. Y en cuanto a los seguros sociales obligatorios de riesgos profesionales, el logro coordinador y simplificador más significativo fue la promulgación de un Decreto de 1956 —dictado para unificar los regímenes de accidentes de trabajo en la agricultura y en la industria—, que aprobó el texto refundido regulador de la legislación de accidentes de trabajo y el reglamento para la aplicación del mismo<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> Por Ley de 17 julio de dicho año, aplicable en principio sólo a los estudiantes universitarios.

<sup>67</sup> Por Decreto 385/1959, de 17 marzo, reglamentado por Orden Ministerial de 6 abril 1959, según la cual era obligación del servidor doméstico «solicitar su afiliación» (artículo 16-1º). Pero aquí el tema de la irresponsabilidad patronal en orden a las prestaciones resultaba dudoso (cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «La responsabilidad de los amos de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 4 [1962], págs. 947 ss.).

<sup>68</sup> Por Decreto 1167/1960, de 23 junio, reglamentado por Orden Ministerial de 30 mayo 1962.

<sup>69</sup> Se trataba del Decreto de 18 abril de dicho año.

<sup>70</sup> Se trataba del Decreto de 29 diciembre de dicho año.

<sup>71</sup> Así los denominaba, por ejemplo, el Decreto 931/1959, de 4 junio, que derogó el citado Decreto unificador de 1948.

<sup>72</sup> Se trataba del Decreto de 22 junio de dicho año.

Con posterioridad, el Decreto 525/1962, de 15 marzo, también extendió al Mutualismo Laboral el procedimiento unificado de afiliación y cotización, y reforzó la colaboración de las empresas en la gestión de los seguros sociales.

Ahora bien, aunque necesarias para mitigar el caos a que estaba abocada nuestra Previsión Social, estas normas unificadoras suponían, sin embargo, un avance muy modesto. Bastaba simplemente con comparar la normativa española de la época con la existente en otros países europeos, en los que previa elaboración de estudios económicos muy complejos —caso de Inglaterra, por ejemplo, con el denominado «Informe» (*Report*) de Sir William BEVERIDGE, de 1942— se había llevado la unificación hasta casi sus últimas consecuencias<sup>73</sup>. Por eso, un Decreto de 1944<sup>74</sup> —consciente del hecho— ordenaba constituir la comisión redactora de un proyecto de ley para la implantación en España de un «sistema de seguro total», ordenado «en lo jurídico, sobre la base de un régimen de obligatoriedad, y en lo financiero, sobre una conjunta consideración de riesgos»<sup>75</sup>; norma seguida por otras, en la misma línea, creadoras de nuevas comisiones de estudio para la elaboración de lo que ya a finales de la década de los años cincuenta del siglo pasado se llamaba en nuestro país, empleando terminología corriente en toda Europa, «proyecto de Plan Nacional de Seguridad Social»<sup>76</sup>.

La obra científica más doctrinalmente influyente sobre el tema, en la España de entonces, fue el libro de P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, publicado en París en 1953<sup>77</sup>, en el que se defendía la completa autonomía científica del Derecho de la Seguridad Social, respecto del Derecho del Trabajo, al hilo de la explicación del Derecho positivo francés contenido en la «ordenanza núm. 45-2250», sobre «organización de la Seguridad Social», de 4 octubre 1945<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Lo destacó en su día, por ejemplo, J. GASCÓN Y MARÍN, *Los planes de Seguridad Social. De la beneficencia al seguro*, Publicaciones del INP (Madrid, 1944), págs. 82 ss. Sobre el «Informe BEVERIDGE», véase M. ALONSO OLEA, «Cien años de Seguridad Social», *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13 (1982), págs. 109 ss.; y sobre las leyes inglesas de 1945-1946 a que dio lugar dicho «Informe» —que de todas formas no llegaron a implantar el seguro social obligatorio único—, véase M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, 1ª edición, cit., págs. 219-220.

<sup>74</sup> De 23 diciembre.

<sup>75</sup> Con seguridad, todas estas expresiones del Decreto se apoyaban en la Declaración X<sup>a</sup>-2 del Fuero del Trabajo de 1938, según la cual «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».

<sup>76</sup> Por ejemplo, en sendas Ordenes Ministeriales de 1 septiembre 1958 y 2 marzo 1959. Al respecto, véase J.E. BLANCO, *Planificación de la Seguridad Social Española*, Marte (Barcelona, 1964), págs. 47 ss.

<sup>77</sup> Librairie Dalloz, 643 págs. Sobre él, véase J. VIDA SORIA, «Estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social», en P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1991), págs. 23 ss.

<sup>78</sup> Sobre el tema de la eventual autonomía científica del Derecho de la Seguridad Social, con interesantes reflexiones, véase M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos (Madrid, 1991), págs. 53-54; también, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿del origen común a un futuro separado?», en el vol. *Análisis de diversas cuestiones sobre los pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1997), págs. 17 ss.



La implantación en España de un verdadero sistema de Seguridad Social tuvo que esperar, sin embargo, a la década de los años sesenta del siglo pasado. Se trató, además, de una implantación ensayada con la puesta en funcionamiento de un último seguro social obligatorio de riesgos profesionales, que fue el seguro nacional de desempleo, creado por una Ley de 1961<sup>79</sup>. Acerca de la modernidad del mismo, baste indicar que su Ley de creación lo configuraba como un verdadero servicio público integralmente protector del trabajador desempleado, al reconocer —en virtud del llamado principio de automaticidad de las prestaciones, a cuya implantación tienden todos los sistemas modernos de Seguridad Social<sup>80</sup>— el derecho del trabajador a que la Administración le anticipase el pago de las prestaciones por desempleo —aun en caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación y cotización—, sin perjuicio de que el empresario debiese luego «resarcir al Seguro las prestaciones abonadas»<sup>81</sup>.

A pesar de que el desempleo tiene claramente la naturaleza de riesgo profesional, este nuevo seguro no encajaba entre los seguros sociales obligatorios tradicionales de riesgos profesionales, pues —aparte el hecho de que aquí el trabajador también cotizaba— la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones por desempleo no era originaria (como en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), sino derivada (esto es, por incumplimiento de las obligaciones de afiliar o cotizar). Pero, a pesar de esto último, tampoco encajaba entre los seguros sociales obligatorios tradicionales de riesgos comunes, dada la aplicación integral aquí del citado principio de automaticidad de las prestaciones.

**§4.** Los esfuerzos planificadores de la década de los años cincuenta del siglo pasado culminaron con la aprobación de la Ley 193/1963, de 28 diciembre, de Bases de la Seguridad Social, cuyo propósito —según confesaba su exposición de motivos— era el de «operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social».

En materia de gestión del nuevo sistema hubo bastante continuismo, pues subsistieron como entidades gestoras (aunque con otras competencias) las Mutualidades Laborales y el Instituto Nacional de Previsión, hasta su declaración como «organismos extinguidos», junto con otros, por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. También subsistieron, como entidades colaboradoras en la gestión, las mutuas patronales de accidentes de trabajo.

---

<sup>79</sup> Se trata de la Ley 62/1961, de 22 julio, reglamentada por Orden Ministerial de 14 noviembre 1961.

<sup>80</sup> Véase *infra*, Tema 15, §3.

<sup>81</sup> Artículo 16, párrafo 2º, de la Ley. Sobre el tema, véase E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios jurídicos de previsión social*, cit., págs. 209 ss.

Este sistema de Seguridad Social fue efectivamente implantado —con fecha de efectos de 1 enero 1967—, al promulgarse el Decreto 907/1966, de 21 abril, aprobando el texto articulado de dicha Ley de Bases, que constituye nuestra primera Ley general de Seguridad Social. Se trataba de una norma muy compleja y muy técnica, que pretendía realizar, entre otros, los tres objetivos principales siguientes. En primer lugar, impedir que compañías mercantiles privadas continuasen operando, con ánimo de lucro —como venía ocurriendo desde 1900—, en el ramo del aseguramiento de riesgos profesionales, a cuyo efecto ordenaba que «en ningún caso la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil»<sup>82</sup>. En segundo lugar, unificar la dispar acción protectora de ciertos seguros obligatorios de riesgos comunes y de los seguros obligatorios de riesgos profesionales, para lo cual definía con claro propósito integrador las situaciones protegidas o «contingencias» (señaladamente, las entonces denominadas de incapacidad laboral transitoria e invalidez, y también, las de muerte y supervivencia) con abstracción de la naturaleza profesional o común de su hecho causante (accidente o enfermedad)<sup>83</sup>. Y en tercer lugar, generalizar desde un punto de vista subjetivo la cobertura, extendiendo la acción protectora del sistema de Seguridad Social a «la población activa en su conjunto»<sup>84</sup> —fuese o no económicamente débil—, la cual quedaba encuadrada a estos efectos en un «Régimen General» (regulado por el Título II de la propia Ley) y en diversos «Regímenes Especiales»<sup>85</sup>.

Nuestra primera Ley general de Seguridad Social —en la línea simplificadora de lo mandado por la Ley de Bases— suprimió, además, los regímenes obligatorios de previsión social de carácter complementario (esto es, el «plus de cargas familiares» y el «Mutualismo Laboral»), otorgando para las contingencias cubiertas a la vez por estos regímenes complementarios y por los seguros sociales obligatorios de riesgos comunes complementados

---

<sup>82</sup> Artículo 3-4º. Con exhaustiva cita de jurisprudencia sobre el tema, M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 12ª edición, Civitas (Madrid, 1990), pág. 130, nota 2, afirman lo siguiente: «la cesación de las compañías mercantiles en este aseguramiento se declaró no indemnizable... y no fue indemnizado ni a las compañías españolas ni a las extranjeras... Tampoco... fueron indemnizados los agentes de seguros por la alegada privación de sus carteras», aunque «las compañías aseguradoras “cesadas” siguen siendo responsables de las resultas, aunque éstas aparezcan con posterioridad, de los accidentes cubiertos por pólizas por ellas suscritas en su día..., así como de la revisión de las incapacidades que hubieran cubierto». El tema todavía continúa suscitando la existencia de jurisprudencia laboral, como acredita una STSud de 28 julio 2003 (Ar. 7114), y las que cita.

<sup>83</sup> Artículo 20. Véase J. RIVERO LAMAS, «Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social», *Revista de Política Social*, núm. 61 (1964), págs. 313 ss.

<sup>84</sup> Cfr. apartado I-1, párrafo 2º, de la exposición de motivos de la Ley de Bases; también, artículo 7 de la primera Ley general.

<sup>85</sup> Artículos 9 y 10.

una sola prestación económica básica<sup>86</sup>. A cambio, autorizaba la negociación colectiva (o «mejoras voluntarias») sobre ciertas instituciones de Seguridad Social<sup>87</sup>.

Frente a los antiguos seguros sociales obligatorios de riesgos profesionales y comunes (exclusivamente basados en el principio de responsabilidad empresarial, ya originaria, ya derivada), el nuevo Régimen General de la Seguridad Social creado por esta primera Ley se asentaba, además de sobre dicho principio, también sobre el *principio de automaticidad de las prestaciones*, por virtud del cual las entidades gestoras y, en su caso, colaboradoras del Régimen se obligaban a anticipar al beneficiario (en supuestos de aseguramiento inexistente o defectuoso) las prestaciones correspondientes. Ahora bien, determinadas limitaciones en el juego de este principio (sobre todo, la relativa a que el beneficiario estuviese en situación de alta) provocaban que el Régimen General no constituyese todavía un auténtico servicio público, aunque tendiese a serlo, pues el propio Título II de la Ley de 1966 preveía y autorizaba la progresiva eliminación de todas esas limitaciones, «previa dotación de los recursos financieros precisos»<sup>88</sup>.

Formalmente, nuestra primera Ley general de Seguridad Social fue, además, el texto articulado «primero» de la Ley de Bases de 1963. El texto articulado «segundo» de esta última, que contenía nuestra tercera LPL, fue aprobado por Decreto 908/1966, de 21 abril.

Esta primera Ley general española de Seguridad Social de 1966 padeció diversas e importantes modificaciones —especialmente, en 1972, al efecto de proceder a su «perfeccionamiento»—, que hicieron necesaria la elaboración de un texto refundido de nuestra legislación general de Seguridad Social. Este texto refundido fue aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 mayo, que contenía nuestra segunda Ley general de Seguridad Social. Al igual que la primera, esta segunda Ley general padeció también infinidad de modificaciones, pero con el agravante de tratarse, en ocasiones, de derogaciones parciales que amenazaban con desmembrar el propio sistema de Seguridad Social, pues procedían a desgajar del tronco común, representado por la Ley general, bloques normativos homogéneos muy trascendentes —al modo de un regreso a nuestra vieja y asistemática «Previsión Social»—, lo que sucedió: 1) con la regulación del «desempleo», que pasó a estar contenida, primero, en la Ley 51/1980, de 8 octubre, básica de empleo, y luego, en la Ley 31/1984, de 2 agosto, de protección por desempleo; 2) con la «asistencia sanitaria», que pasó a estar regulada —aunque permaneciendo vigentes los preceptos sobre el tema contenidos en la segunda Ley general— en la Ley 14/1986, de 25 abril, general de sanidad;

---

<sup>86</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, cit., pág. 54, nota 25.

<sup>87</sup> Artículo 21. Sobre el tema, véase el documentadísimo estudio de M.<sup>º</sup>E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)*, IEF (Madrid, 1977), págs. 31 ss.

<sup>88</sup> Artículo 94.6. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, cit., págs. 55-56.

y 3) con las prestaciones «no contributivas», asimismo reguladas aparte por la Ley 26/1990, de 20 diciembre, de creación de dicha concreta clase de prestaciones, que era una Ley que afectaba a preceptos múltiples de nuestra segunda Ley general (sobre invalidez, jubilación, prestaciones por hijo a cargo, etc.).

La elaboración de la segunda Ley general de Seguridad Social fue autorizada por la Ley 24/1972, de 21 junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que operó, a su vez, importantísimas modificaciones en el tenor de la primera Ley general<sup>89</sup>, pretendiendo (entre otras muchas cosas, según confirmaba su exposición de motivos) reajustar la financiación del Régimen General de la Seguridad Social, «sustituyendo [progresivamente] el actual sistema de bases tarifadas» de cotización —que se remontaba a 1963<sup>90</sup>— por «cotizaciones [adaptadas] a las retribuciones reales de los trabajadores»<sup>91</sup>.

§5. Este proceso de aparente desintegración jurídica de nuestro sistema de Seguridad Social fue frenado, sin embargo, con la promulgación en 1994 de la vigente LGSS, que es de momento nuestra tercera y última Ley general de Seguridad Social. Formalmente hablando, se trata de un texto refundido —al igual que la segunda Ley general—, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por virtud del cual se procede a integrar en una sola norma, entre otras muchas leyes, la citada Ley 31/1984, sobre protección por desempleo, y la también citada Ley 26/1990, sobre establecimiento en la Seguridad Social de prestaciones no contributivas. También desde un punto de vista formal, todo su articulado aparece agrupado en tres Títulos —la primera y la segunda Leyes generales sólo tenían dos Títulos—, que tratan de las «Normas generales del sistema de la Seguridad Social» (Título I, artículos 1 a 96), del «Régimen General de la Seguridad Social» (Título II, artículos 97 a 202) y de la «Protección por Desempleo» (Título III, artículos 203 a 233), respectivamente.

<sup>89</sup> Sobre la «reforma de 1985», en cuanto que propiciada por esta otra de 1972, véase J. GÁRATE CASTRO, *La racionalización de las pensiones de Seguridad Social. Un estudio del acceso a las pensiones y de la base reguladora de las mismas en la Ley 26/1985 y Real Decreto 1799/1985*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1986), págs. 19 ss.

<sup>90</sup> La implantación de dicho sistema, por Decreto 56/1963, de 17 enero, fue consecuencia (según indicaba su exposición de motivos) del «régimen de libertad en la fijación de las retribuciones instaurado, tanto por la Ley de 24 de abril de 1958 sobre convenios colectivos sindicales como por el Decreto de 21 de marzo de 1958 sobre mejoras [salariales] voluntarias»; libertad que provocó que la cuantía de los salarios reales y la de los salarios legales (estos últimos fijados por las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo) dejase de coincidir. Pero tal sistema, según el propio Decreto de 1963, sólo se aplicaba para la cotización a los seguros sociales unificados, desempleo y Mutualismo Laboral, pues «para el Seguro de accidentados de trabajo se computará la totalidad del salario y remuneraciones percibidas» (artículo 1.5).

<sup>91</sup> Las previsiones de esta Ley, acerca de la definitiva implantación del nuevo sistema el 31 mayo 1975 (cfr. su disposición transitoria 1ª.1), resultaron luego incumplidas, extendiéndose el sistema de cotización sobre salarios reales, pero sólo en relación con las prestaciones por desempleo, al promulgarse el Real Decreto 82/1979, de 19 enero.

Tras dos prórrogas de los plazos inicialmente previstos (en 1990 y 1992) para operar la refundición, la LGSS fue elaborada y aprobada por fin, en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la Ley «de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para 1994. Pero la refundición que realizó resultó ser parcial e incompleta, permaneciendo vigentes incluso determinados preceptos tanto de la primera Ley general de 1966 (por ejemplo, sus artículos 94, 95 y 96, aunque degradados al rango de normas reglamentarias, sobre el tema crucial de la imputación de responsabilidad en orden al pago de las prestaciones)<sup>92</sup> como de la segunda Ley general de 1974 (por ejemplo, sus artículos 98 a 125, sobre asistencia sanitaria)<sup>93</sup>.

En cambio, con bastante lógica, no se refundió la Ley 14/1986, general de sanidad, visto que la CE —a propósito de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas— menciona separadamente la Seguridad Social y la sanidad, afirmando respecto de esta última que «el Estado tiene competencia exclusiva», entre otras materias, sobre lo siguiente: «Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos» (artículo 149.1.16ª)<sup>94</sup>. También con toda lógica, quedó fuera de la refundición el tema de las infracciones y sanciones administrativas en materia de Seguridad Social (normado en la primera Ley general, pero excluido del articulado de la segunda en 1988), regulado hoy junto con el resto de infracciones y sanciones administrativas del orden social, en la LISOS (artículos 21 a 32)<sup>95</sup>.

La continua sucesión normativa en la materia, unida al dato de que a las prestaciones se les aplique, en principio, el Derecho en vigor cuando se produce el hecho causante de las mismas (todo ello, en los términos que genéricamente prevé la disposición transitoria 1ª de la LGSS), suele plantear ante los tribunales laborales frecuentes problemas de Derecho transitorio, que ayudan a resolver las hasta dieciséis disposiciones transitorias (alguna con numeración «bis») contenidas en la propia LGSS<sup>96</sup>.

Al día de hoy, la LGSS es una norma que debe manejarse con sumo cuidado, pues desde su promulgación en 1994 también viene padeciendo modificaciones continuas. Las más importantes de estas modificaciones han pretendido llevar a la práctica las recomendaciones del llamado «Pacto de Toledo» de 1995<sup>97</sup> (renovado y actualizado en 2003)<sup>98</sup>, que

<sup>92</sup> Dada la imposibilidad de aplicar directamente, en especial, el artículo 126 de la LGSS, por falta de desarrollo reglamentario de sus apartados 2 y 3. Al respecto, véase *infra*, Tema 15, §1.

<sup>93</sup> Cfr. la disposición derogatoria única de la LGSS. Sobre ella, véase L. MELLA MENDEZ, «Disposición derogatoria», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2003), págs. 1441 ss.

<sup>94</sup> Al respecto, véase *infra*, Tema 12, §1.

<sup>95</sup> Cfr. artículos 96 y 232 de la LGSS.

<sup>96</sup> Véase M.N. MORENO VIDA, «Disposición transitoria 1ª», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Directores), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. II, Comares (Granada, 1999), págs. 2042 ss.; y con una visión de conjunto, M.G. QUINTERO LIMA, *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, La Ley (Madrid, 2006), págs. 3 ss.

<sup>97</sup> Cuya denominación oficial es «Aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados del texto aprobado por la Comisión de Presupuestos en relación con el informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse». Aparece publicado en *Boletín Oficial de la Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie E, núm. 134, de 12 abril 1995. Sobre el tema, véase J.M. CABANILLAS BERMÚDEZ, *El pacto de Toledo*, Tecnos (Madrid, 1997), págs. 15 ss.

<sup>98</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 596, de 2 octubre 2003, bajo el rótulo «Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares». Véase M. CARDENAL CARRO, «El nuevo “Pacto de Toledo”», *Aranzadi Social*, 2003-V, págs. 223 ss.; también, M. DE LA FUENTE LAVÍN, *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Comares (Granada, 2006), págs. 209 ss.

fue un gran acuerdo político suscrito por la práctica unanimidad de los representantes de los partidos políticos en el Congreso de los Diputados, con la finalidad de asegurar la viabilidad económica futura de nuestro sistema de Seguridad Social, dada la cantidad ingente y creciente de recursos financieros que exige su mantenimiento. De este pacto político traen causa, entre otros muchos preceptos de la LGSS: 1) su artículo 86.2, que asienta sobre una base financiera clara la distinción crucial entre los niveles contributivo y no contributivo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social<sup>99</sup>, al ordenar que las prestaciones de naturaleza contributiva se financiarán, en lo esencial, con «las cuotas de las personas obligadas», mientras que las prestaciones no contributivas se financiarán, también en lo esencial, «mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social» (procedentes sobre todo de los impuestos que pagan los ciudadanos); y 2) su artículo 91, que regula la constitución en la TGSS de un «Fondo de Reserva de la Seguridad Social», sustancialmente integrado por los excedentes de los ingresos que financian las prestaciones contributivas (esto es, los excedentes de las cotizaciones sociales), con la finalidad «atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas»<sup>100</sup>.

Téngase en cuenta —para calibrar la trascendencia del tema— que los presupuestos de la Seguridad Social, cuantificados en más de dieciséis billones de pesetas en el año 2001, ascendieron «en 2002 a 83.375 millones de euros, siendo las pensiones (57.986 millones de euros) la partida esencial de gastos, y las cuotas (67.215 millones de euros) la de ingresos», y además, que a esa «cósmica cifra hay que sumar aún las dotaciones del INEM, Asistencia Social y Clases pasivas de funcionarios»<sup>101</sup>, sin que dichas partidas de gastos hayan dejado de crecer todos los años hasta el momento presente.

Hasta 2002, muchas de estas modificaciones de la LGSS fueron precedidas de los correspondientes acuerdos, alcanzados en el marco de la concertación social, entre el Gobierno y los interlocutores sociales (especialmente, los sindicatos más representativos a nivel estatal); acuerdos que dotaron al «Pacto de Toledo» —mero pacto de carácter político— del componente «social» que le faltaba<sup>102</sup>. Es el caso, por ejemplo, del «Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social» (estipulado el 9 octubre 1996, entre el Gobierno de la Nación y las centrales CCOO y UGT)<sup>103</sup>, que provocó la

<sup>99</sup> Sobre el carácter virtualmente universal de esta distinción, véase C.A. PEREIRA DE CASTRO y J. BATISTA LAZZARI, *Manual de Direito Previdenciário*, 5ª ed., LTr (Sao Paulo, 2004), págs. 45 ss.

<sup>100</sup> Sobre el tema, véase la Ley 28/2003, de 29 septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

<sup>101</sup> Al respecto, véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edición, cit., pág. 526.

<sup>102</sup> Véase A. MONTOYA MELGAR, «El desarrollo normativo del Pacto de Toledo», *Aranzadi Social*, 1999-V, págs. 1267 ss.

<sup>103</sup> Véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.R. MARTÍNEZ BARROSO, «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81 (1997), págs. 5 ss.

promulgación de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social<sup>104</sup>; o del pacto de diciembre de 1998 entre CCOO y el Gobierno de la Nación, sobre encarecimiento de la cotización patronal por desempleo de los trabajadores precarios, transpuesto por el artículo 91.1.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999; o del «Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social» (estipulado el 9 abril 2001, y de carácter tripartido, al haber sido firmado por CCOO y UGT, por CEOE y CEPYME, y por el Gobierno de la Nación), parcialmente transpuesto por el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 diciembre (luego derogado por la Ley 35/2002, de 12 julio), de medidas para el establecimiento de la jubilación gradual y flexible<sup>105</sup>. A partir de 2004 ha vuelto a retomarse el diálogo social sobre el tema, habiendo precipitado últimamente el «Acuerdo... suscrito el 13 de julio de 2006» (de nuevo por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME) en la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Todas estas modificaciones incesantes explican que por Resolución de 29 mayo 2003 (BOE de 24 junio 2003), de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, se autorizase la constitución en la TGSS de una Comisión para elaborar un borrador de nueva Ley general de Seguridad Social (que, en consecuencia, sería en España la cuarta sobre el tema).

Aparte sus múltiples e incesantes modificaciones, también complica el manejo de la LGSS el hecho de que muchas de las instituciones reguladas por ella posean, a su vez, un fenomenal desarrollo reglamentario, ya de vigencia meramente contingente (como la Orden Ministerial anual, general de cotización, o el Real Decreto, asimismo anual, sobre revalorización de pensiones), ya de vigencia en principio permanente. Estos últimos reglamentos de vigencia permanente pueden clasificarse en tres grandes apartados. En primer lugar, los reglamentos de desarrollo directo de la LGSS, como los complejÍsimos reglamentos generales de cotización y liquidación de 1995, de inscripción de empresas y afiliación (y altas, bajas y variaciones de datos) de 1996 o de recaudación de los recursos del sistema de 2004, todos ellos aprobados por Real Decreto<sup>106</sup>. En segundo lugar, algunos reglamentos de desarrollo de la primera Ley general de Seguridad Social de 1966 (como el Real Decreto de 1966<sup>107</sup>, aprobando el reglamento general de prestaciones económicas del Régimen General, o la Orden Ministerial de 1967, sobre normas de aplicación y desarrollo de la

---

<sup>104</sup> Sobre ella, véase J.F. BLASCO LAHOZ, *Comentarios a la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), págs. 11 ss.

<sup>105</sup> Sobre estos acuerdos «sociales», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Orientaciones del “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social” de abril de 2001», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Ed. Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), págs. 7 ss.; también, J. LÓPEZ GANDÍA, *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social (El desarrollo del acuerdo de pensiones de abril de 2001)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 9 ss.

<sup>106</sup> Se trata de los Reales Decretos 2064/1995, de 22 diciembre; 84/1996, de 26 enero; y 1415/2004, de 11 junio.

<sup>107</sup> Se trata del Decreto 3158/1966, de 23 diciembre.

prestación de vejez en el propio Régimen General), todavía vigentes al no haberse promulgado nunca los reglamentos reguladores de dichos temas, ni en desarrollo de la segunda Ley general de Seguridad Social de 1974 ni tampoco en desarrollo de la LGSS. Y en tercer lugar, respecto de algunas leyes modificadoras de la segunda Ley general de 1974 cuyo contenido se refundió luego en la LGSS, también algún reglamento de desarrollo de las mismas, como el importantísimo Real Decreto de 1985, de desarrollo de la derogada Ley 31/1984, de protección por desempleo<sup>108</sup>.

Paradójicamente, al igual que las Leyes generales primera y segunda, la LGSS contiene algún precepto «puro» de importancia crucial, nunca reglamentado. Es el caso de su artículo 122, sobre el tema de la incompatibilidad de pensiones, cuya aplicación viene suscitando la existencia de una masa abrumadora de jurisprudencia de los tribunales laborales<sup>109</sup>.

Ahora bien, aun tratándose de temas muy reglamentados, la masa de jurisprudencia sobre cualesquiera cuestiones de Seguridad Social, de competencia de los tribunales laborales, abruma siempre. Quizá respecto de algunas de estas cuestiones que colapsan nuestros tribunales laborales (por ejemplo, los pleitos sobre determinación del grado de incapacidad permanente, con tantísima problemática médica implicada) resultaría justo volver a poner en práctica algo parecido a lo que en su día se denominó «jurisdicción social de Previsión» (cuasi-jurisdicción administrativa, hiperespecializada en materia de seguros sociales), que funcionó en España entre 1921 y 1939<sup>110</sup>.

Téngase en cuenta, además, que diversas Direcciones Generales del Ministerio competente en materia de Seguridad Social dictan con frecuencia «resoluciones administrativas» de interpretación y aplicación de la legislación de Seguridad Social. Por supuesto, no vinculan en modo alguno a los tribunales laborales. Pero condicionan la práctica de las entidades gestoras y servicios comunes de la propia Seguridad Social (eventuales demandados por los beneficiarios, en pleitos de Seguridad Social), lo que explica que a veces se publiquen incluso en el BOE, a pesar de su completa falta de eficacia normativa.

Por lo demás, la LGSS ni es una norma exhaustiva ni tampoco pretende serlo, pues en relación con determinados temas se limita meramente a enunciarlos, abandonando su regulación a normas complementarias, que en ocasiones resultan ser normas con rango de ley poseedoras, a su vez, de su propio desarrollo reglamentario. Tal es el caso, entre otros, de las normas reguladoras de los Regímenes Especiales de Seguridad Social<sup>111</sup>, que actualmente son nueve<sup>112</sup>. De ellos —teniendo siempre en cuenta la norma complementaria esencial reguladora

<sup>108</sup> Se trata del Real Decreto 625/1985, de 2 abril.

<sup>109</sup> El tema consta ejemplarmente estudiado en R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 49 ss.

<sup>110</sup> Sobre este último tema, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de Seguridad Social*, EDERSA (Madrid, 2000), págs. 26 ss.

<sup>111</sup> Cfr. artículo 10 de la LGSS.

<sup>112</sup> Al respecto, véase *infra*, Temas 9 y 18.



de los mismos—, uno (estudiantes) aparece regulado en una norma de 1953 (promulgada, por tanto, en plena etapa de Previsión Social); cuatro (empleados de hogar, trabajadores autónomos o por cuenta propia, agrario y minería del carbón), en normas promulgadas durante la vigencia de la primera Ley general de Seguridad Social de 1966; otro (trabajadores del mar), en una norma promulgada durante la vigencia de la segunda Ley general de Seguridad Social de 1974; y los tres restantes (funcionarios civiles del Estado, de las fuerzas armadas y de la Administración de justicia), en diversas normas promulgadas en plena vigencia de la LGSS.

Como es lógico, la LGSS remite a las normas internacionales la regulación de la problemática jurídica de la Seguridad Social internacional<sup>113</sup>, apareciendo en ella referencias episódicas a «lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto»<sup>114</sup>, a que «no exista convenio sobre protección por desempleo»<sup>115</sup>, a la protección de los emigrantes «en materia de Seguridad Social... mediante la ratificación de Convenios internacionales de trabajo, la adhesión a Convenios multilaterales y la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores»<sup>116</sup>, o a la protección por desempleo «prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes»<sup>117</sup>.

En otro plano jurídico distinto, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 149.1.17<sup>a</sup> de la CE —relativo a que «el Estado tiene competencia exclusiva», entre otras materias, sobre «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»—, respecto de la existencia de eventuales normas autonómicas en materia de Seguridad Social, la LGSS afirma sobre sí misma que «la regulación contenida en la presente Ley será de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17 de la Constitución, salvo los aspectos relativos al modo de ejercicio de las competencias y a la organización de los servicios de las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, hayan asumido competencias en la materia regulada»<sup>118</sup>.

En relación con estas últimas competencias autonómicas, la LGSS menciona —sobre la base de que «cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley»— que esto último «se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas»<sup>119</sup>; además, «las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios

<sup>113</sup> Al respecto, véase *infra*, Tema 17.

<sup>114</sup> Artículo 7.5.

<sup>115</sup> Artículo 215.1.1.c).

<sup>116</sup> Cfr. disposición adicional 1<sup>a</sup>.1.

<sup>117</sup> Cfr. disposición adicional 33<sup>a</sup>.

<sup>118</sup> Disposición final 1<sup>a</sup>. Sobre el tema, clásico, véase F. MANRIQUE LÓPEZ, *Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1985), págs. 19 ss.

<sup>119</sup> Cfr. artículo 38.4.

sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas»<sup>120</sup>; y también, que «las pensiones de invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, podrán ser gestionadas, en su caso, por las Comunidades Autónomas»<sup>121</sup>, previa transferencia de los servicios correspondientes por el IMSERSO<sup>122</sup>, aunque asumiendo la obligación de «comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social los datos que, referentes a las pensiones que hubiesen concedido, se establezcan reglamentariamente»<sup>123</sup>.

Al igual que ocurría con sus precedentes inmediatos, en la LGSS también constituye claramente su núcleo duro o su médula —a estudiar, por tanto, con todo cuidado— el Título II de la misma (regulador, recuérdese, del «Régimen General de la Seguridad Social»). Ello se debe al hecho de que las normas que contiene operan como patrón, modelo o «ideal de cobertura»<sup>124</sup>, respecto de la regulación contenida en los diversos Regímenes Especiales de Seguridad Social. Y así lo reconoce expresamente la propia LGSS, al afirmar que la regulación de estos últimos se efectuará «tendiendo a la *máxima homogeneidad con el Régimen General*, que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos Regímenes [Especiales]» (artículo 10.4).

La disposición adicional 8ª de la propia LGSS refuerza esta afirmación genérica, imponiendo que determinados preceptos de su Título II, que casuísticamente detalla, se apliquen necesariamente a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

---

<sup>120</sup> Artículo 86.2, párrafo 1º.

<sup>121</sup> Disposición adicional 18ª.1.

<sup>122</sup> Cfr. disposición adicional 18ª.2.

<sup>123</sup> Disposición adicional 18ª.3, párrafo 2º.

<sup>124</sup> Véase A. BAYLOS GRAU, «Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 1 (1998), pág. 21.

---

## TEMA 2

### EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los beneficiarios del Régimen General. §3. Beneficiarios activos. §4. Beneficiarios pasivos. §5. Beneficiarios familiares de los beneficiarios activos y pasivos.

§1. El campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social aparece regulado, en principio, en el primer Capítulo del Título II de la LGSS, cuya rúbrica es precisamente la de «Campo de aplicación». Se trata de un Capítulo integrado por sólo dos preceptos, que son el larguísimo artículo 97 (con la rúbrica «Extensión» del campo de aplicación) y el quizá excesivamente breve artículo 98 (con la rúbrica «Exclusiones» del campo de aplicación). Por lo demás, resulta evidente que estos dos preceptos están contruidos sobre la idea de que el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social se integra única y exclusivamente por personas que trabajan, dado que el artículo 97 —al efecto de delimitar positivamente el campo en cuestión— contiene una casuística e indeciblemente prolija relación de «trabajadores», mientras que el artículo 98 —al efecto de delimitar negativamente ese mismo campo— procede a excluir de él determinados «trabajos».

En este punto, la LGSS se limita a reproducir la estructura y los rótulos, tanto de la primera Ley general de Seguridad Social de 1966<sup>1</sup> como de la segunda Ley general de Seguridad Social de 1974<sup>2</sup>.

Se trata de un planteamiento legal que tiene su lógica, puesto que el trabajador atrae inexorablemente a la Seguridad Social a las «empresas» (obligadas a afiliar, cotizar, etc.)<sup>3</sup> y, como consecuencia de esta atracción,

---

<sup>1</sup> Cfr. el Capítulo I (artículos 61 y 62) de su Título II («Régimen General de la Seguridad Social»), con la rúbrica «Campo de aplicación».

<sup>2</sup> Cfr. el Capítulo I (artículos 61 y 62) de su Título II («Régimen General de la Seguridad Social»), con la rúbrica «Campo de aplicación y composición del sistema de la Seguridad Social».

<sup>3</sup> Sobre la figura del empresario en el sistema de Seguridad Social, véase J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y R. QUESADA SEGURA, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos (Madrid, 2005), págs. 88-89.

también a otras entidades distintas (como las Mutuas de accidentes de trabajo, eventuales aseguradoras de las propias empresas). Y de ahí que este mismo criterio, relativo al encuadramiento de «trabajadores», también se utilice para delimitar el campo de aplicación de los Regímenes Especiales e, incluso, el campo de aplicación de todo el sistema de Seguridad Social. Ahora bien, resulta un criterio delimitador doctrinalmente insatisfactorio, por diversos motivos.

Respecto del sistema de Seguridad Social en su conjunto, el artículo 7 de la LGSS (con el rótulo «Extensión del campo de aplicación») declara expresamente incluidos en el mismo los «trabajadores por cuenta ajena... en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos», los «trabajadores por cuenta propia o autónomos», los «socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado», los «Estudiantes» (también trabajadores, a su modo)<sup>4</sup> y los «Funcionarios públicos, civiles y militares» (apartado 1)<sup>5</sup>.

En primer lugar, por causa de que los artículos 97 y 98 de la LGSS ni siquiera son exhaustivos, debiendo completarse necesariamente su tenor con otras muchas normas de la propia LGSS, especialmente contenidas en sus disposiciones extravagantes, que también mencionan «trabajadores» comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General. En segundo lugar, por la razón evidente de que el «trabajador» puede dejar de serlo, sin que por ello se le expulse del campo de aplicación del Régimen General (y lo mismo cabría decir del campo de aplicación de los Regímenes Especiales e, incluso, del campo de aplicación de todo el sistema de Seguridad Social). En tercer lugar, por tratarse de un planteamiento que no se ajusta a lo que debe ser la Seguridad Social, en cuanto que conjunto de instituciones jurídicas fundamentadas —según la propia LGSS— en el principio «de universalidad», entre otros (artículo 2.1)<sup>6</sup>, y centradas —según la CE— en la protección de «todos los ciudadanos» (artículo 41).

Resulta revelador que la LGSS, cuando pretende realizar afirmaciones de tenor muy general referidas al campo de aplicación, no tenga más remedio que prescindir de la noción de «trabajadores», afirmando que «asimismo, estarán comprendidos *en el campo de aplicación del sistema* de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos *los españoles* residentes en territorio nacional» (artículo 7.3).

---

<sup>4</sup> Véase *infra*, Tema 9, §7.

<sup>5</sup> Lo mismo indicaban la primera y segunda Leyes generales de Seguridad Social, en sus respectivos artículos 7.1, pero con el añadido de los «servidores domésticos» o «empleados de hogar».

<sup>6</sup> Véase M.R. ALARCÓN CARACUEL, «Los principios jurídicos de la Seguridad Social», en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coordinadoras), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo (Albacete, 2005), págs. 17 y ss.

§2. Todas las insuficiencias de este planteamiento legal —recuérdese, el campo de aplicación del Régimen General como conjunto de «trabajadores» encuadrados en el mismo— las evidencia la LISOS, al considerar sujetos responsables de las infracciones administrativas que tipifica en materia de Seguridad Social, entre otros varios, precisamente los «trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados», pero también —parificándolos a ellos— los «perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social» (artículo 2.2). Resulta claro que el común denominador de todas las personas físicas casuísticamente mencionadas en este último precepto no puede ser la noción de «trabajador» —ni siquiera interpretada en sentido amplísimo—, sino que debe ser otra distinta. Y esta otra noción que aglutina el variadísimo conjunto de personas físicas realmente incluidas en el campo de aplicación del Régimen General (al igual que en el campo de aplicación de los diversos Regímenes Especiales, así como en el campo de aplicación del conjunto del sistema de Seguridad Social) la explicita la LPL a la perfección, al referirse al «beneficiario»<sup>7</sup> (o también, más alambicadamente, a los «beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social» o «beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social»)<sup>8</sup>. Se trata, además, del planteamiento que tienen en su mente los ciudadanos cuando piensan en el campo de aplicación, que es para ellos —desde el punto de vista de la «acción protectora», único que les interesa— el conjunto de personas con derecho actual o potencial a obtener las prestaciones de la Seguridad Social (precisamente, lo que la LPL califica con todo rigor jurídico como «beneficiarios»)<sup>9</sup>. Esta reconducción no sólo no traiciona el tenor de los citados artículos 97 y 98 de la LGSS, sino que incluso permite insertarlos armónicamente en el resto del articulado del Título II de la propia LGSS, cuyos Capítulos III y siguientes están presididos por la idea de que la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social se proyecta precisamente sobre los «beneficiarios», a los que reiterada y expresamente se alude, y que pueden ser de tres tipos distintos, a saber: beneficiarios activos (cfr. *infra*, §3), beneficiarios pasivos (cfr. *infra*, §4) y beneficiarios familiares de los beneficiarios activos y pasivos (cfr. *infra*, §5).

<sup>7</sup> Este planteamiento se debe a G. DIÉGUEZ, *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social (Régimen General)*, EUNSA (Pamplona, 1968), págs. 29 y ss.

<sup>8</sup> A no confundir, por tanto, con los «beneficiarios» de otros sistemas de previsión distintos, a los que alude, por ejemplo, el artículo 2.c) de la LPL.

<sup>9</sup> Seguimos en este punto el planteamiento, lúcido, de A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 3-5.

La LPL utiliza la palabra «beneficiario», por supuesto, en el sentido de quien ya está percibiendo prestaciones de Seguridad Social (y por tanto, como «beneficiario *actual*») <sup>10</sup>. Pero también utiliza el término en el sentido de «beneficiario *potencial*», bien porque meramente ha solicitado prestaciones a que cree tener derecho <sup>11</sup>, bien porque está a punto de percibir las que ya le han sido reconocidas judicialmente <sup>12</sup>. En fin, en algún otro caso, la palabra —siempre en el articulado de la LPL— puede comprender ambos posibles sentidos de dicho término <sup>13</sup>.

**§3. Beneficiarios activos**, como su propio nombre indica, son los que trabajan, teniendo como regla un derecho potencial a las diversas prestaciones «contributivas» —esto es, sustentadas con las cotizaciones sociales— incluidas en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. Siempre que trabajen en territorio español, su nacionalidad española o extranjera resulta, en principio, indiferente. De conformidad con el artículo 97 de la LGSS, estos beneficiarios activos comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social pueden ser de dos grandes tipos: trabajadores por cuenta ajena, de un lado; y del otro, asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

A propósito de los extranjeros, el artículo 7.1, párrafo 1º, de la LGSS —precepto aplicable a todo el sistema de Seguridad Social y, por tanto, también al Régimen General— indica que «estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional» <sup>14</sup>.

Ello se debe, según la jurisprudencia constitucional, a que «la inclusión en el sistema de la Seguridad Social viene determinada en general por un criterio de territorialidad, de modo que su protección contributiva se aplica básicamente a los... que residen y ejercen su actividad en territorio nacional» <sup>15</sup>.

Ahora bien, respecto de los trabajadores extranjeros no legalmente residentes (como los popularmente llamados «sin papeles») <sup>16</sup>, téngase en cuenta que la LGSS afirma que todos «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo,

<sup>10</sup> Cfr. sus artículos 145.1 y 2, y 292.2.

<sup>11</sup> Cfr. sus artículos 85.4 y 227.1.

<sup>12</sup> Cfr. sus artículos 192.2, 293, 294 y 303, y su disposición adicional 4ª.

<sup>13</sup> Cfr. sus artículos 21.4 y 189.1.b).

<sup>14</sup> Acerca de la Seguridad Social de los extranjeros, véase M.I. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos (Madrid, 1989), págs. 172 y ss. En relación con el derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, véase *infra*, §4.

<sup>15</sup> Cfr. STC 77/1995, de 22 mayo.

<sup>16</sup> Acerca de algunas perplejidades normativas que provoca el fenómeno, véase Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «Infracciones y sanciones en materia de permiso de trabajo. Posible concurrencia y solapamiento entre la Ley de Extranjería y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social», en el vol. *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*, Gobierno de Cantabria-Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico (Santander, 2003), págs. 865 y ss.

enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones», y además, que «igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral»<sup>17</sup>; eso sí, supuesto que la empresa que los emplease estuviese legalmente inscrita como tal en la Seguridad Social<sup>18</sup>.

Respecto de los trabajadores por cuenta ajena, el artículo 97.1 de la LGSS ordena que «estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena... comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7 de la presente Ley». A su vez, este artículo 7.1.a) afirma que los trabajadores en cuestión son los «trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores». Y de ahí, vista esta última remisión, que se imponga la conclusión de que se trata de los trabajadores asalariados o dependientes (esto es, los ligados a su empresario por un contrato de trabajo, común o especial), siempre y cuando no deban estar incluidos en algún Régimen Especial de la Seguridad Social que también encuadre trabajadores asalariados o dependientes, pues el artículo 98.b) de la LGSS afirma que «no darán lugar a su inclusión en el Régimen General los... trabajos... que den lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social». Como se verá, los Regímenes Especiales que también afilian trabajadores asalariados o dependientes son, en la actualidad, los Regímenes Especiales de Empleados de Hogar, Agrario, del Mar y de la Minería del Carbón. Y por eso, con el carácter de regla general, cabe concluir que los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social son los trabajadores asalariados o dependientes de los sectores secundario y terciario de la economía (esto es, de la industria y de los servicios)<sup>19</sup>.

La tendencia del Régimen General a encuadrar en su campo de aplicación los trabajadores dependientes de los citados sectores secundario y terciario de la economía fue reafirmada, en 1986, al decretarse la inclusión en el mismo de cinco colectivos distintos de dicha clase de trabajadores (ferroviarios, jugadores profesionales de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros), hasta entonces cubiertos por sus respectivos Regímenes Especiales de Seguridad Social<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. su artículo 125.3.

<sup>18</sup> Cfr. STSud de 9 junio 2003 (Ar. 3936), citada y aplicada su doctrina por STSJ Cataluña de 15 noviembre 2006 (Ar. 1561 de 2007). También, véase *infra*, Tema 15, §3.

<sup>19</sup> Al respecto, véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), págs. 419-420.

<sup>20</sup> Sobre esto, véase *infra*, Tema 9, §1.

El artículo 98 de la LGSS no está coordinado en absoluto con lo dispuesto en el ET, a propósito de los trabajos excluidos del ámbito de aplicación de este último. En efecto, solamente menciona —aparte los trabajos dependientes incluidos en los Regímenes Especiales [letra b)]— los trabajos «que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad» [letra a)], también excluidos por el artículo 1.3.d) del ET. Pero omitiendo otros muchos, igualmente excluidos en otros apartados del propio artículo 1.3 del ET<sup>21</sup>.

Sólo por excepción, la LGSS —en precepto aplicable a todo el sistema de Seguridad Social— permite «excluir del campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social correspondiente, 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» (artículo 7.6)<sup>22</sup>.

Respecto de los asimilados a trabajadores por cuenta ajena, el artículo 97.2 de la LGSS contiene una larguísima lista de doce de tales asimilaciones, ordenadas por letras, de la a) a la l)<sup>23</sup>. Se trata de una lista abierta, puesto que la letra m) del propio precepto también considera asimiladas «cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de... asimilación». Pero se trata, además, de una lista incompleta, puesto que la propia LGSS —confirmando la fuerza expansiva del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social— realiza en sus disposiciones adicionales hasta seis asimilaciones más, aunque sin calificarlas expresamente de tales. De entre todo este conjunto de asimilaciones, resultan especialmente llamativas algunas que claramente contrastan con los preceptos que en el ET delimitan negativamente el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral (esto es, su artículo 1.3 y su disposición final 1ª), por no referirse a trabajos asalariados o dependientes. Es el caso de las tres asimilaciones siguientes.

Si hubiese que realizar una clasificación de todo este cúmulo de asimilaciones, habría que separar —de un lado— las directamente efectuadas por la propia LGSS (ya en su

---

<sup>21</sup> Téngase en cuenta que la exclusión de los trabajos familiares, a que se refiere el artículo 1.3.e) del ET, sí aparece expresamente mencionada —en relación con el conjunto del sistema— en el artículo 7.2 de la LGSS.

<sup>22</sup> Véase F. VÁZQUEZ MATEO, «Trabajo marginal y Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1989-3, págs. 519 y ss.

<sup>23</sup> Tradicionalmente venían siendo once las asimilaciones, pero la promulgación de la Ley 37/2006, de 7 diciembre, relativa a inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de protección por desempleo a determinados cargos públicos y políticos, incrementó la lista a doce, añadiendo «los cargos representativos de los Sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, 2 de agosto, de Libertad Sindical que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución» [artículo 97.2.l)], que estaban excluidos (véanse SsTC 44/2004, de 23 marzo, y 234/2005, de 26 septiembre).



articulado, ya en alguna de sus disposiciones adicionales) y —de otro lado— las operadas por normas reglamentarias, al amparo de la autorización prevista en el citado artículo 97.2.m) de la propia LGSS<sup>24</sup>.

Sobre esta base, existen asimilaciones directamente efectuadas por la LGSS que cabe calificar de jurídicamente innecesarias, al referirse a verdaderos trabajadores dependientes de la industria o de los servicios, como «el personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado»<sup>25</sup>; «el personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local, siempre que no estén incluidos en virtud de una Ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social»<sup>26</sup>; «los laicos o seglares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas»<sup>27</sup>; «las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social»<sup>28</sup>; «el personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares»<sup>29</sup>; y los «trabajadores dedicados a las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano»<sup>30</sup> (los trabajadores-cultivadores de tomate a la parte para la exportación en las Islas Canarias también están comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, aunque cuentan con un sistema especial de encuadramiento)<sup>31</sup>. Por el contrario, tiene el carácter de asimilación directamente efectuada por la LGSS, pero que de algún modo resulta jurídicamente necesaria, la relativa a «los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares»<sup>32</sup>; y ello, por causa de la existencia del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar.

<sup>24</sup> Al amparo de esta autorización, se ha procedido a incluir en el campo de aplicación del Régimen General, entre otros, a los reclusos que realicen trabajos penitenciarios (por Decreto 573/1967, de 16 marzo, luego derogado por el vigente Real Decreto 782/2001, de 6 julio), a los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica (por Real Decreto 2389/1977, de 27 agosto; en cambio, las religiosas y religiosos fueron incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por Real Decreto 3325/1981, de 29 diciembre), algunos deportistas profesionales distintos de los futbolistas (por Real Decreto 287/2003, de 7 marzo), o el personal investigador en formación (por Real Decreto 63/2006, de 27 enero). La inclusión de los cuidadores no profesionales de personas declaradas en situación de dependencia (por Real Decreto 615/2007, de 11 mayo) ha sido realizada en desarrollo directo de la Ley 39/2006, de 14 diciembre. Sobre su tema, véase M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad (Valladolid, 1996), págs. 17 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. su artículo 97.2.c).

<sup>26</sup> Cfr. su artículo 97.2.d).

<sup>27</sup> Cfr. su artículo 97.2.e), inciso primero. Según su inciso segundo, «por acuerdo especial con la jerarquía eclesiástica competente se regulará la situación de los trabajadores laicos y seglares que presten sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la Iglesia y cuya misión primordial consista en ayudar directamente en la práctica del culto».

<sup>28</sup> Cfr. su artículo 97.2.f).

<sup>29</sup> Cfr. su artículo 97.2.g).

<sup>30</sup> Cfr. su disposición adicional 29ª. Al respecto, véase L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, «La inclusión en el Régimen General de los trabajadores dedicados a la manipulación y comercialización del plátano», *Tribuna Social*, núm. 119 (2000), págs. 11 y ss.

<sup>31</sup> Al respecto, véase Orden Ministerial de 24 julio 1976, según la cual «la aplicación del Régimen General de la Seguridad Social a las tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco con destino a la exportación realizada por trabajadores eventuales o de temporada al servicio de empresarios cosecheros-exportadores del referido fruto, se efectuará a través del presente sistema especial en materia de inscripción de Empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación» (artículo 1.1), teniendo en cuenta que «en todas las materias no reguladas por la presente Orden serán de aplicación las normas comunes del Régimen General de la Seguridad Social» (artículo 1.2).

<sup>32</sup> Cfr. su artículo 97.2.b).

Fuera de la LGSS, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades, afirma en su disposición adicional 22<sup>a</sup> —respecto de los profesores asociados, visitantes y eméritos, con contrato de trabajo—, de un lado, que «los que no se hallen sujetos a ningún régimen de previsión obligatoria serán alta en el Régimen general de la Seguridad Social» [apartado 1.c)]; y de otro lado, que «los profesores eméritos no serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social» (apartado 2).

En primer lugar, frente a lo dispuesto en el artículo 1.3.a) del ET —relativo, recuérdese, a la exclusión del ámbito de aplicación del propio ET de los funcionarios públicos y del personal contratado en régimen de Derecho Administrativo por las distintas Administraciones públicas—, el caso de cierto personal no laboral (incluso funcionario) al servicio de diversas Administraciones públicas, señaladamente la Local, la Autonómica, la Institucional e incluso la de la Unión Europea.

Aquí encajan las asimilaciones que efectúa la LGSS respecto de «los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos o Escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas y los altos cargos de las Administraciones Públicas [por tanto, funcionarios políticos] que no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas»<sup>33</sup>; de «los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso»<sup>34</sup>; de «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 [por tanto, funcionarios políticos], a salvo de lo previsto en el artículo 74 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local»<sup>35</sup>; de los funcionarios «que presten servicios en la Administración de las Comunidades Europeas»<sup>36</sup>; y de los «funcionarios procedentes del extinguido Régimen Especial de Funcionarios de la Administración local»<sup>37</sup>.

En segundo lugar, frente a lo dispuesto en el artículo 1.3.c) del ET —relativo, recuérdese también, a la exclusión del ámbito de aplicación del propio ET del personal que se limite a desempeñar pura y simplemente el cargo de consejero social—, el caso de ciertos administradores sociales (por tanto, miembros del consejo de administración) puntillosamente descritos en la LGSS, al reputar «como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los *consejeros y administradores de sociedades*

---

<sup>33</sup> Cfr. su artículo 97.2.h).

<sup>34</sup> Cfr. su artículo 97.2.i).

<sup>35</sup> Cfr. su artículo 97.2. j).

<sup>36</sup> Cfr. su disposición adicional 5<sup>a</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. su disposición adicional 41<sup>a</sup>, sobre «Régimen de la asistencia sanitaria de los funcionarios procedentes del extinguido Régimen Especial de Funcionarios de la Administración local».

mercantiles capitalistas, siempre *que no posean el control* de éstas..., cuando el desempeño de *su cargo conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia* de la sociedad, *siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma*» [artículo 97.2.k)]<sup>38</sup>.

En realidad, esta asimilación lo es al personal directivo con relación laboral especial mencionado en el artículo 97.2.a) de la LGSS, que reputa trabajadores por cuenta ajena a «los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de las sociedad, ni poseen su control».

En cambio, resulta imposible asimilar a estos consejeros otros consejeros sociales —precisamente porque dirigen y gestionan la sociedad o porque la controlan— mencionados por la disposición adicional 27ª de la LGSS, según la cual «estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los *trabajadores por cuenta propia o autónomos* 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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que *posean el control* efectivo, directo o indirecto, de aquélla»<sup>39</sup>, entendiéndose «en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social»<sup>40</sup>.

La redacción de estos tres preceptos de la LGSS [artículo 97.a), artículo 97.2.k) y disposición adicional 27ª] se debe a la Ley «de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para 1999, que procedió a codificar en parte (y en parte, a rectificar) la jurisprudencia que venía sentando el TS sobre el tema en unificación de doctrina<sup>41</sup>.

En tercer lugar, frente al tenor de la disposición final 1ª del ET sobre exclusión del trabajo autónomo o por cuenta propia—, el caso de los socios trabajadores y socios de trabajo de las cooperativas<sup>42</sup>, respecto de los que la disposición adicional 4ª de la LGSS

<sup>38</sup> Véase M.A. LIMÓN LUQUE, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 149 y ss. Críticamente, G. DIÉGUEZ, «Términos contradictorios en el aseguramiento social de los administradores y “socios” de las sociedades de capital», *Relaciones Laborales*, 2002-I, págs. 187 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. su párrafo 1º, inciso primero.

<sup>40</sup> Cfr. su párrafo 1º, inciso segundo. De acuerdo con el párrafo 2º de la propia disposición adicional 27ª, «se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1ª 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. 2ª Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3ª 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». Véase M. ARETA MARTÍNEZ, *La presunción en el sistema de Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 149 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto, por todas, véanse SsTSud de 4 junio 1996 (Ar. 4882), 6 junio 1996 (Ar. 4996) y 14 mayo 1997 (Ar. 4271).

<sup>42</sup> Véase M.C. ORTIZ LALLANA, *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch (Barcelona, 1989), págs. 103 y ss.

permite, como regla general, que la cooperativa en sus estatutos opte por su integración, bien «como asimilados a trabajadores por cuenta ajena»<sup>43</sup> —en cuyo caso, «dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad»<sup>44</sup>—, bien «como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente»<sup>45</sup>.

Redondea esta asimilación el hecho de que la Ley 45/2002, de 12 diciembre, haya extendido a otros socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas la protección por desempleo, «en las mismas condiciones establecidas para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado»<sup>46</sup>.

**§4. Beneficiarios pasivos** son, como regla general, quienes ya disfrutaban de prestaciones de Seguridad Social sustitutorias de las rentas de trabajo, pero que —a pesar de no trabajar, y de ahí su carácter «pasivo»— tienen derecho potencial (como los «activos») a otras prestaciones de Seguridad Social distintas de las que ya disfrutaban. Dentro de esta clase genérica de beneficiarios, cabe distinguir dos grupos de ellos. En primer lugar, los perceptores periódicos de prestaciones de Seguridad Social, como es el caso de los desempleados que cobran prestaciones o subsidios por desempleo, o de los incapacitados temporales subsidiados, o de la trabajadora subsidiada con contrato de trabajo suspenso por riesgo durante el embarazo o maternidad. En segundo lugar, los pensionistas de la Seguridad Social, ya se trate de incapacitados permanentes, jubilados, viudas o huérfanos. Evidentemente, en cuanto que tales beneficiarios pasivos, todas estas personas resultan ser titulares de un derecho potencial a prestaciones de Seguridad Social nuevas; y así, por ejemplo, las de asistencia sanitaria o de protección de las unidades familiares, con carácter general, y además, a otras casuísticamente precisadas en el articulado de la propia LGSS (por ejemplo, el subsidio de incapacidad temporal que puede llegar a causar el desempleado perceptor de prestaciones por desempleo<sup>47</sup>, o la prestación por desempleo que puede llegar a causar el incapacitado temporal subsidiado<sup>48</sup>, o las pensiones

---

<sup>43</sup> Cfr. su apartado 1, letra a).

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. su apartado 1, letra b). Además, véase J. LUJÁN ALCARAZ, «Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social», en F.J. ALONSO ESPINOSA (Director), *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 149 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. su disposición adicional 6ª.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 222.3 de la LGSS.

<sup>48</sup> Cfr. artículo 222.1 de la LGSS.

de incapacidad permanente o jubilación que pueden llegar a causar los incapacitados temporales<sup>49</sup> o los desempleados<sup>50</sup>).

Respecto de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, el artículo 7.3 de la LGSS —precepto aplicable a todo el sistema y, por tanto, también al Régimen General— confirma como regla el carácter pasivo de sus beneficiarios, al indicar —eludiendo referirse a los «trabajadores»— que «asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional»<sup>51</sup>.

Los extranjeros son también beneficiarios pasivos potenciales de estas mismas prestaciones no contributivas, pero solamente por aplicación del principio de «reciprocidad», presumiendo *iuris et de iure* la LGSS que existe la «reciprocidad» en cuestión respecto de algunos de ellos —como venía siendo tradicional en nuestra legislación—, pues afirma que «los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo» (artículo 7.5, inciso primero)<sup>52</sup>.

Por supuesto, se puede tener derecho potencial a las prestaciones de Seguridad Social como beneficiario, ostentando a la vez la condición de beneficiario activo y pasivo. Entre otros, es claramente el caso del jubilado flexible<sup>53</sup>, que cobra simultáneamente pensión de jubilación (por tanto, es beneficiario pasivo) y salario por el trabajo a tiempo parcial compatible que simultáneamente realiza (por tanto, es también beneficiario activo). En este caso —respecto del derecho potencial a prestaciones nuevas, como las de asistencia sanitaria y, especialmente, las farmacéuticas—, reglamentariamente se especifica que «durante el percibo de la pensión de jubilación flexible, los titulares de la misma mantendrán la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias»<sup>54</sup>.

**§5.** En fin, también integran el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social los familiares de beneficiarios activos y pasivos, esto es, los familiares de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, de un lado, y los familiares de los perceptores periódicos de prestaciones y pensionistas, de otro. En cuanto que verdaderos beneficiarios que también son del Régimen General, todos estos familiares tienen su derecho potencial a diversas prestaciones de

<sup>49</sup> Cfr. artículo 131.bis.1 de la LGSS.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 213.1.f) de la LGSS. También, artículos 206, 214 y 218 de la LGSS, confirmando que se cotiza de oficio por el beneficiario para causar derecho a prestaciones distintas.

<sup>51</sup> Confirmando su carácter pasivo (evidenciado, como regla, por el requisito de la carencia de rentas), véanse en la LGSS sus artículos 144 (incapacidad no contributiva), 167 (jubilación no contributiva) y 181 y siguientes (prestaciones familiares no contributivas).

<sup>52</sup> Téngase en cuenta, como recuerda una *STSud* de 9 junio 2003 (Ar. 3936) respecto de ciertas prestaciones contributivas, que la Orden Ministerial de 28 diciembre 1966 —todavía vigente en este concreto punto— afirma que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional» [artículo 1.4.b)].

<sup>53</sup> Sobre jubilación flexible, véase *infra*, Tema 7, §7.

<sup>54</sup> Cfr. artículo 9 del Real Decreto 1132/2002, de 31 octubre, por el que se desarrollan determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Seguridad Social, señaladamente las de asistencia sanitaria y de muerte y supervivencia (por ejemplo, pensiones de viudedad u orfandad). Respecto de estas últimas, lo confirma clamorosamente —como es lógico— la LGSS, al señalar que «sujetos causantes» de dichas prestaciones por muerte y supervivencia —en modo alguno «beneficiarios», precisamente por haber muerto— pueden serlo no sólo los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, sino también los perceptores periódicos y los pensionistas (artículo 172.1).

Con bastante imperfección jurídica, el artículo 2.2 de la LGSS —precepto aplicable a todo el sistema y, por tanto, también al Régimen General— se ve obligado a reconocer que los «familiares» en cuestión asimismo resultan ser «beneficiarios», al afirmar que «el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los *familiares o asimilados que tuvieran a su cargo*, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley»<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Véase J. GARCÍA BLASCO, «Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, 1990-I, págs. 426 y ss.

---

### TEMA 3

## LA CONSTITUCIÓN Y DINÁMICA DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. La relación jurídica de Seguridad Social. §2. La inscripción de empresa. §3. La afiliación del trabajador. §4. El alta del trabajador. §5. La cotización. §6. Las variaciones de datos. §7. La baja del trabajador. §8. Las situaciones asimiladas a la de alta. §9. El sistema de «Remisión Electrónica de Datos (RED)».

§1. Entre el sujeto incluido en el campo de aplicación del Régimen General (típicamente, un trabajador asalariado o dependiente de la industria o los servicios) y la Administración de la Seguridad Social existe una compleja relación jurídica, conocida con el nombre de relación jurídica de Seguridad Social. Como indica alguno de los preceptos en los que expresamente se alude a la existencia de esta relación, se trata —siempre en su variante más típica— de una relación jurídica triangular, en la que entre el beneficiario y la Administración de la Seguridad Social se interpone un tercer sujeto, que es el empresario<sup>1</sup>. El protagonismo en la relación de este sujeto interpuesto resulta capital, puesto que al empresario le corresponde instar de la Administración de

---

<sup>1</sup> Cfr. artículo 2.2 de la LISOS, considerando sujetos responsables a «los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y demás entidades colaboradoras en la gestión, en el ámbito de la *relación jurídica de Seguridad Social*, así como las entidades o empresas responsables de la gestión de prestaciones en cuanto a sus obligaciones en relación con el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y demás sujetos obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social»; además, artículo 16.2 de la LPL, según el cual «tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la *relación de Seguridad Social* cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores, o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente», teniendo en cuenta que «igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años». Sobre la dogmática de esta peculiar relación jurídica, clásico, véase E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Aguilar (Madrid, 1962), págs. 15 y ss.

la Seguridad Social la emanación de los diversos actos administrativos a que da lugar la relación jurídica de Seguridad Social (persiguiendo la Administración de la Seguridad Social, como se verá, facilitarle al empresario el cumplimiento de sus deberes al respecto [cfr. *infra*, §9]), tanto los relativos a la constitución de la relación jurídica (esto es, la inscripción de empresa [cfr. *infra*, §2], la afiliación del trabajador [cfr. *infra*, §3] y el alta del trabajador [cfr. *infra*, §4]), como los relativos a la dinámica de la propia relación (esto es, la cotización [cfr. *infra*, §5], las variaciones de datos [cfr. *infra*, §6]) y la baja del trabajador [cfr. *infra*, §7]), aunque teniendo en cuenta que esta baja en modo alguno extingue la relación jurídica entre el beneficiario y la Administración de la Seguridad Social —que es, en lo tocante a su estructura más básica, siempre vitalicia, aunque pueda haberse extinguido la relación jurídica contractual existente entre el trabajador y el empresario—, sino que simplemente provoca una dinámica de la misma distinta (principalmente integrada por las situaciones asimiladas a la de alta [cfr. *infra*, §8]). Por supuesto, al estar aquí totalmente implicada la Administración pública, resulta claro que la relación jurídica de Seguridad Social sea materialmente hablando una relación de Derecho Administrativo, regulada —por lo que respecta al Régimen General— en el Capítulo II del Título II de la LGSS (artículos 99 a 113), y en dos complejísimos reglamentos generales, que son el de cotización y liquidación (aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre) y el de inscripción de empresas, y afiliación, altas, bajas y varaciones de datos (aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero). Se trata de una relación de Derecho Administrativo incluso procesalmente hablando, pues la LPL matiza la regla general de su artículo 2.b) —relativa, recuérdese, a la competencia genérica de los tribunales laborales para conocer de los pleitos «en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo»—, afirmando que «no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social», literalmente, «de las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia liquidatoria y gestión recaudatoria y demás *actos administrativos* distintos de los de la gestión de prestaciones de Seguridad Social» [artículo 3.1.b), párrafo 1º].

Esta última excepción a la regla general procede de la modificación operada en la LPL por la Ley 52/2003, de 10 diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, puesto que antes de la misma los tribunales laborales sólo eran incompetentes



en materia de «gestión recaudatoria», pero no en materia de lo que la exposición de motivos de dicha Ley 52/2003 denomina «relaciones jurídicas instrumentales (inscripción, altas, bajas, cotización...)»<sup>2</sup>.

Evidentemente, al hilo de la resolución de pleitos sobre gestión de prestaciones, los tribunales laborales pueden perfectamente seguir conociendo y resolviendo cuestiones de gestión instrumental como las citadas, pero a título de cuestiones «prejudiciales» administrativas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 4.1 y 4.2 de la LPL.

Los citados artículos 99 a 113 de la LGSS se corresponden con los artículos 12 a 17 de la propia LGSS, que son preceptos incardinados en el Título I de la misma y, por tanto, aplicables a todo el sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>.

**§2.** Según el artículo 99.1, párrafo 1º, de la LGSS, «los empresarios, como *requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades*, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social». Esta solicitud de «inscripción de empresa» tiene que efectuarla el interesado en modelo oficial y dirigirla —según el artículo 99.2 de la LGSS— al «correspondiente organismo de la Administración de la Seguridad Social», que es la Dirección Provincial correspondiente de la TGSS<sup>4</sup>. En este modelo oficial, el empresario interesado deberá hacer constar tres tipos de datos: 1) los datos relativos a su identificación como tal empresario, ya se trate de persona física, persona jurídica, comunidad de bienes u otro ente sin personalidad<sup>5</sup>; 2) los documentos justificativos de los datos en cuestión, que se acompañan con la solicitud<sup>6</sup>; y 3) «la entidad gestora [esto es, el INSS] y/o la entidad o entidades colaboradores [esto es, las Mutuas aseguradoras del empresario] por las que opta tanto para la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como para la cobertura de la prestación económica por

<sup>2</sup> Sobre ello, véase *infra*, Tema 14, §5.

<sup>3</sup> Aunque la normativa reguladora de los Regímenes Especiales de Seguridad Social contiene asimismo normas reguladoras del tema, se trata usualmente de normas inaplicables si se las desconecta de lo que preceptúan los citados reglamentos generales aprobados por Reales Decretos 2064/1995 y 84/1996, que también contienen normas específicamente referidas a los mismos.

<sup>4</sup> Cfr. artículo 12.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>5</sup> Véase artículo 11.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>6</sup> Véase artículo 11.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996. Según este mismo precepto, «cuando el empresario fuere una persona física», se le requiere su «documento nacional de identidad» (cfr. su punto 1º), y «cuando el empresario sea una persona jurídica, además de la identificación de la persona natural que formula la solicitud de inscripción y el título jurídico en virtud del cual la efectúa, se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente, si se tratare de sociedades que, con arreglo a la Ley, requieran inscripción; libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o del organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su defecto, relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos» (cfr. su punto 2º).

incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, respecto de los trabajadores que emplee»<sup>7</sup>. Una vez cursada y presentada en forma, «mediante el acto administrativo de inscripción, la Tesorería General asignará al empresario un número único de inscripción para su individualización..., que será considerado el primero y principal código de cuenta de cotización»<sup>8</sup>. La inscripción así practicada «será única y válida... para todo el territorio del Estado y para toda la vida de la persona física o jurídica titular de la empresa»<sup>9</sup>.

Respecto de la formalización de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>10</sup>, el citado artículo 99.1, párrafo 1º, de la LGSS se remite a lo dispuesto en el artículo 70 de la misma. De acuerdo con este último precepto —aplicable a todo el sistema, al formar parte del Título I de la LGSS—, supuesto que el empresario haya optado por formalizar la cobertura con una mutua, en vez de con el INSS, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1) que «los empresarios asociados a una Mutua a los fines de las presentes normas, habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia, siempre que ésta se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la Mutua»<sup>11</sup>; 2) que «las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales habrán de aceptar toda proposición de asociación y consiguiente protección que se formule, respecto a su personal, por empresarios comprendidos en su ámbito de actuación, en los mismos términos y con igual alcance que las entidades gestoras en relación con los empresarios y trabajadores que tengan concertada esta contingencia con las mismas»<sup>12</sup>; y 3) que «la falta de pago de las cuotas por un empresario asociado a una mutua no podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación»<sup>13</sup>.

Por su parte, detallando el procedimiento a seguir a estos efectos, el artículo 14 del reglamento general aprobado por el Real Decreto 84/1996 establece en sustancia tres trámites: 1) «[la Dirección Provincial de] la Tesorería General de la Seguridad Social... remitirá a la Mutua... información sobre la solicitud de inscripción del empresario»<sup>14</sup>; 2) una vez recibida la solicitud por la mutua, ésta debe formalizar «el documento de asociación», efectuando «la tarificación que corresponda al trabajo o trabajos declarados por el empresario, asignando los epígrafes correspondientes»<sup>15</sup>; y 3) «una vez cumplimentados por la Mutua, ésta 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»<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. artículo 5.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>8</sup> Cfr. artículo 13.3, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996. Sobre la eventual existencia de otros Códigos de Cuenta de cotización, asignados a un mismo empresario, véase el párrafo 3º de este mismo precepto.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 15.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>10</sup> Véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Tirant lo blanch (Valencia, 2007), págs. 23 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. su apartado 2.

<sup>12</sup> Cfr. su apartado 3, párrafo 1º.

<sup>13</sup> Cfr. su apartado 3, párrafo 2º.

<sup>14</sup> Cfr. su apartado 3, punto 3º, párrafo 1º.

<sup>15</sup> Cfr. su apartado 3, punto 3º, párrafo 2º, que remite al apartado 3, punto 2º.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Remarcando el principio de unidad de cobertura, la LGSS —respecto de la eventual cobertura por las mutuas de la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal— afirma que «cuando el empresario opte por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, podrá, asimismo, optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma Mutua»<sup>17</sup>.

**§3.** Según el artículo 100.1 de la LGSS, «los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio»<sup>18</sup>. Esta segunda solicitud, al igual que la de inscripción de empresa, también tiene que dirigirse en modelo oficial a la Dirección Provincial correspondiente de la TGSS, aunque siempre «con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador»<sup>19</sup>. En este modelo oficial, el empresario debe hacer constar, entre otros datos, el «número de la Seguridad Social» del trabajador que pretende emplear<sup>20</sup>. Este número —que consta en la «tarjeta individual de la Seguridad Social»<sup>21</sup>, y tiene carácter vitalicio y válido para todo el territorio del Estado<sup>22</sup>— tiene que facilitárselo el trabajador al empresario, de modo que si el trabajador no lo tuviese, es entonces el propio trabajador quien debe instar que se le asigne, pues «el ciudadano que no tuviere número de la Seguridad Social deberá solicitarlo de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General... con carácter previo a la solicitud de su afiliación»<sup>23</sup>. Una vez cursada esta última en tiempo y forma por el empresario, «mediante el acto administrativo de afiliación, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social... a la persona física que

---

<sup>17</sup> Cfr. su disposición adicional 11ª.1. Problemática adicional sobre el tema en A. ARUFE VARELA, «Un apunte sobre la sucesión en la gestión, por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de la incapacidad temporal por contingencias comunes en el Régimen General», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110 (2002), págs. 281 y ss.

<sup>18</sup> Al respecto, véase J. GÁRATE CASTRO, «El aseguramiento en el régimen general de la Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1990-3, págs. 531 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. artículo 27.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 24.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996. Según este mismo precepto, la solicitud de afiliación se formulará aportándose también «el documento nacional de identidad de la persona que se pretende afiliar, el documento que se declare equivalente o fotocopias de los mismos».

<sup>21</sup> Por Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 30 abril 1996 (BOE de 13 mayo), se dictan instrucciones sobre la asignación y exigibilidad del número de la Seguridad Social y para la expedición de la tarjeta individual.

<sup>22</sup> Véase el punto cuarto de la recién citada Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 30 abril 1996.

<sup>23</sup> Cfr. artículo 21.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

por vez primera realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo»<sup>24</sup>.

La antelación con que el empresario debe solicitar la afiliación de los trabajadores a su servicio tiene un límite temporal máximo, puesto que la solicitud resulta extemporánea si se presenta «antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación [de la prestación de servicios]»<sup>25</sup>.

Si el empresario incumple su obligación de tramitar la solicitud, «el trabajador podrá instar su afiliación... directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social»<sup>26</sup>.

Asimismo, «dicho organismo podrá... efectuar tales actos de oficio»<sup>27</sup>, cuando «a raíz de las actuaciones de los Servicios de Inspección o por cualquier procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones»<sup>28</sup>.

**§4.** Aunque el reglamento de desarrollo del artículo 100 de la LGSS afirme que «la solicitud de afiliación a la Seguridad Social implicará la de alta inicial [del trabajador] en el Régimen de la misma que corresponda»<sup>29</sup>, lo cierto es que el empresario debe cursar siempre una tercera solicitud, que es la solicitud de alta. Si es la primera vez que el trabajador trabaja, se conoce reglamentariamente con el nombre de alta «inicial»<sup>30</sup>; si, en cambio, el trabajador ya hubiese trabajado con anterioridad —habiendo estado, en consecuencia, en situación de alta—, legal y reglamentariamente se habla entonces de solicitud de alta «sucesiva»<sup>31</sup>. Sean de uno u otro tipo, «las solicitudes para el alta de los trabajadores, bien solas, si se tratare de altas sucesivas, o bien juntamente con las solicitudes de afiliación, si se tratare de altas iniciales, deberán ir dirigidas a la Dirección Provincial [correspondiente] de la Tesorería General de la Seguridad Social»<sup>32</sup>, cursándolas el empresario —al igual que ocurre con la solicitud de afiliación— siempre «*con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador*»<sup>33</sup>. En ellas, el empresario deberá hacer constar, entre otros datos, lo que la LGSS llama fecha de «ingreso» del

---

<sup>24</sup> Cfr. artículo 6.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>25</sup> Cfr. artículo 27.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, en la remisión que efectúa al artículo 32.3.1º, párrafo 1, del propio reglamento.

<sup>26</sup> Cfr. artículo 100.2, inciso primero, de la LGSS.

<sup>27</sup> Cfr. artículo 100.2, inciso segundo, de la LGSS.

<sup>28</sup> Cfr. artículo 13.4 de la LGSS.

<sup>29</sup> Cfr. su artículo 24.2, párrafo 2º.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 32.2, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>31</sup> Cfr. artículo 102.2 de la LGSS y artículo 32.2, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>32</sup> Cfr. artículo 32.2, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 32.3.1º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

trabajador en la empresa (artículo 100.1), que es lo que el reglamento de desarrollo de este precepto denominada «fecha de iniciación de la actividad» por el trabajador<sup>34</sup> (y por tanto, la fecha de vigencia efectiva del contrato de trabajo). Una vez cursada en tiempo y forma, «mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad... su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda..., con los derechos y obligaciones correspondientes»<sup>35</sup>, pues —según el artículo 100.4 de la LGSS— «salvo disposición legal expresa en contrario, la situación de alta del trabajador en este Régimen General [regulado, recuérdese, en su Título II] condicionará la aplicación al mismo de las normas del presente Título».

De acuerdo con el reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, «cuando una persona ejerciere simultáneamente distintas actividades o la misma actividad pero en condiciones o en formas diversas que dieran lugar a su inclusión en diferentes Regímenes del sistema de la Seguridad Social o en el mismo Régimen por cuenta de más de una persona, su *enquadramiento será múltiple*, constituyendo las situaciones de pluriactividad y de pluriempleo respectivamente»<sup>36</sup>.

A estos efectos, según la propia norma, «se considerará *pluriactividad* la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social»<sup>37</sup>; y «se entenderá por *pluriempleo* la situación del trabajador por cuenta ajena que preste servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social»<sup>38</sup>.

En relación con el alta, rige también el mismo límite máximo —ya visto a propósito de la solicitud de afiliación— de los sesenta días anteriores a la fecha de iniciación de la prestación de servicios<sup>39</sup>, aunque «las altas cuya solicitud hayan sido presentadas con carácter previo a la prestación de servicios únicamente surtirán efectos, en orden a los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación de alta, a partir del día en que se inicie la actividad»<sup>40</sup>. También rige aquí la posibilidad de que el trabajador inste su propia alta e, incluso, la de que la misma sea practicada de oficio por la Administración de la Seguridad Social, en el caso de incumplimiento por el empresario de sus obligaciones al respecto<sup>41</sup>.

**§5.** Una vez iniciada la prestación de servicios por el trabajador —previamente afiliado y dado de alta—, comienza la dinámica propiamente

<sup>34</sup> Cfr. artículo 30.2.1º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>35</sup> Cfr. artículo 7.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>36</sup> Cfr. su artículo 7.4, párrafo 1º. Sobre el tema, J. LÓPEZ LÓPEZ, «La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 61 (1993), págs. 773 y ss.

<sup>37</sup> Artículo 7.4, párrafo 1º, punto 1º.

<sup>38</sup> *Ibidem*, punto 2º.

<sup>39</sup> Cfr. artículo 32.3.1º, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 35.1.1º, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 100.2 de la LGSS.

dicha de la relación jurídica de Seguridad Social en el Régimen General, que está integrada en sustancia por la cotización<sup>42</sup>. Desde un punto de vista económico, la cotización es la fuente principal de financiación de la Seguridad Social, junto con los otros ingresos que menciona el artículo 86.1 de la LGSS<sup>43</sup>. Desde un punto de vista jurídico, la cotización viene a ser materialmente, en realidad, un impuesto especial que grava a empresarios y trabajadores, con la finalidad de sostener el complejo sistema de prestaciones de la Seguridad Social<sup>44</sup>. En cuanto que referida al Régimen General, la cotización aparece regulada en once preceptos de la LGSS (artículos 103 a 112.bis), desarrollados por el reglamento general aprobado por el citado Real Decreto 2064/1995 y, además, por la importantísima Orden general en materia de cotización, que cada año dicta el Ministerio competente en materia de Seguridad Social en desarrollo directo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, remitiendo expresamente a esta última los artículos 107, 110 y 111 de la LGSS. Se trata de una complejísima normativa articulada alrededor de tres ejes principales, que son las bases de cotización, los tipos de cotización y las cuotas de Seguridad Social o cotizaciones sociales<sup>45</sup>.

Según el TC, las cotizaciones resultan «asimilables a los tributos», debiendo encuadrarse entre «las prestaciones patrimoniales de carácter público a las que hace referencia el artículo 31.3 CE, al tratarse de una imposición coactiva o, lo que es lo mismo, del “establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla”»<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Véase A. COLINA ROBLEDO, *La cotización de las empresas a la Seguridad Social*, CISS (Valencia, 1998), págs. 13 y ss.

<sup>43</sup> Por ejemplo, aparte las «aportaciones» progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, también las «cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga», los «frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales» y «cualesquiera otros ingresos». Sobre ordenación jurídica de la financiación del sistema de Seguridad Social, véase J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PEREZ, C. MOLINA NAVARRETE y R. QUESADA SEGURA, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos (Madrid, 2005), págs. 144 y ss. Acerca de la protección penal del patrimonio de la Seguridad Social, J.A. BRANDARIZ GARCIA, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 38 y ss.

<sup>44</sup> Sobre el tema, clásico, véase E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, cit., págs. 73 y ss.

<sup>45</sup> Pedagógico sobre el tema, véase G. BARREIRO GONZÁLEZ y R. CANTERO RIVAS, *Guía práctica de cotización a la Seguridad Social para el año 2004*, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España (Madrid, 2004), págs. 11 y ss. Téngase en cuenta la posible existencia de «sistemas especiales» de cotización, distintos del General, expresamente autorizados por el artículo 19.1 de la LGSS. Es el caso, por ejemplo, del de los trabajadores-cultivadores a la parte de tomate para la exportación en las Islas Canarias, que están encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (cfr. *supra*, Tema 2, §3). Estos «sistemas especiales» pueden incluso desbordar el marco estricto de la cotización, según se desprende del artículo 11 de la propia LGSS. Al respecto, véase C. TATAY PUCHADES, *Empleo y Seguridad Social. La incidencia del desempleo, el empleo informal y las nuevas formas de empleo en la cobertura y la financiación de los Sistemas de Protección Social*, OISS (Madrid, 2002), págs. 181 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. ATC 306/2004, de 20 julio.

Seguramente por esta proximidad suya a los impuestos, la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, se cree obligada a afirmar que «esta Ley no será de aplicación a los recursos públicos que correspondan a la Tesorería General de la Seguridad Social, que se regirán por su normativa específica»<sup>47</sup>.

Confirmando esta proximidad, la LGSS —a propósito de la exclusión en la base de cotización de muy diversos tipos de percepciones extrasalariales— afirma que «se procurará la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario»<sup>48</sup>.

En principio, la base de cotización equivale a la totalidad del salario que percibe el trabajador a lo largo del mes, pues —según la LGSS— «la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado» (artículo 109.1, párrafo 1º). A esta base de cotización mensual hay que añadirle, además, la parte proporcional de los complementos salariales de vencimiento periódico superior al mes (por ejemplo, las pagas extraordinarias), pues —siempre según la LGSS— «las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año» (artículo 109.1, párrafo 2º)<sup>49</sup>. Y esto realizado, el siguiente paso lógico consiste en distinguir la base de cotización por riesgos profesionales (esto es, accidente de trabajo y enfermedad profesional), la base de cotización por contingencias comunes (esto es, enfermedad común, accidente no laboral, maternidad, asistencia sanitaria por estas recién mencionadas contingencias, riesgo durante el embarazo y jubilación) y la base de cotización por desempleo. La base de cotización por «contingencias profesionales» (esto es, accidente de trabajo, enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) está integrada no sólo por los salarios reales brutos percibidos por el trabajador, sino también por lo por él percibido en concepto de horas extraordinarias, aunque nunca puedan consignarse en ella cantidades inferiores o superiores a los topes mínimo y máximo de la base de cotización, que anualmente fija la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La base

---

<sup>47</sup> Cfr. su disposición adicional 2ª.

<sup>48</sup> Cfr. su artículo 109.2, párrafo último. Véase F. FERNÁNDEZ PROL, *El salario en especie*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), págs. 300 y ss.

<sup>49</sup> Téngase en cuenta que «las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y 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» (cfr. artículo 109.1, párrafo 3º, de la LGSS).

de cotización por contingencias comunes está integrada por los salarios reales brutos percibidos por el trabajador, pero con exclusión de las horas extraordinarias —según la LGSS, «no se computarán en la base de cotización... las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social» [artículo 109.2.g)]<sup>50</sup>—, teniendo en cuenta que aquí juega un tope máximo único (como en la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional), pero también cuatro topes mínimos correspondientes a otros tantos grupos de cotización (ingenieros y licenciados, ingenieros técnicos y asimilados, jefes administrativos y de taller, y por último, un cuarto grupo integrado por hasta cuatro categorías profesionales distintas [desde auxiliares administrativos a ayudantes no titulados]), por debajo de los cuales no se puede cotizar<sup>51</sup>. La base de cotización por desempleo, según la LGSS —que menciona el tema no en su Título II, sino en su Título III, porque este último es el que trata de la contingencia por desempleo— «será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales» (artículo 224)<sup>52</sup>. Lógicamente, con sujeción a todas estas reglas, quien debe proceder a cuantificar las concretas bases de cotización es el empresario.

En congruencia con lo que dispone el artículo 26.2 del ET a propósito de las percepciones extrasalariales, la LGSS afirma que «no se computarán en la base de cotización», entre otros conceptos, las «dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción,... pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador», las «indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos», las «cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo», o los «productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas en los términos que reglamentariamente se establezcan» y las «prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Sobre el tema, véase J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, *Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2004), págs. 27 y ss.

<sup>51</sup> Con carácter general, téngase en cuenta —según la LGSS— que «las bases de cotización a la Seguridad Social, en cada uno de los Regímenes, tendrán como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario» (artículo 16.2); precepto éste al que también remite el artículo 110.3. Véase G. GARCÍA BECEDAS, «Sobre el supuesto carácter discriminatorio de la existencia de bases de cotización a la Seguridad Social distribuidas por grupos de tarifa, su desconexión con el salario realmente percibido y el establecimiento de topes máximos de cotización», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 54 (1992), págs. 583 y ss.

<sup>52</sup> Y por tanto, con inclusión de «la retribución por horas extraordinarias... en la base de cotización por dicha contingencia» (artículo 211.1, párrafo 2º, de la LGSS).

<sup>53</sup> Cfr. su artículo 109.2, desarrollado por el indeciblemente prolijo artículo 23.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.



En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial<sup>54</sup>, según la disposición adicional 7ª de la LGSS, la regla es que «la base de cotización a la Seguridad Social... será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias»<sup>55</sup>, teniendo en cuenta que «las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias»<sup>56</sup>; y además, que «la base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen»<sup>57</sup>, que aparecen fijadas en la correspondiente Orden anual general de cotización. En cambio, a efectos de cumplimiento de los períodos mínimos de cotización, resulta preciso distinguir —siempre según esta disposición adicional 7ª de la LGSS— dos grandes supuestos, dado que: 1) para «causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad», hay que calcular la equivalencia de lo cotizado a tiempo parcial «en días teóricos de cotización», a cuyo efecto, «el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales»<sup>58</sup>; y 2) para calcular el período de cotización de las prestaciones por desempleo, en cambio, «se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica»<sup>59</sup>, actualmente contenida en el Real Decreto 625/1985, de 2 abril<sup>60</sup>, según el cual «cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada»<sup>61</sup>, aunque teniendo en cuenta —visto que el artículo 210.1 de la LGSS habla de «períodos de ocupación cotizada»— que no sólo deben computarse los días efectivamente trabajados, sino que «asimismo resultan computables aquellos otros (descanso semanal, festivos no recuperables y vacaciones) en los que no se realizó trabajo efectivo, pero por los que también se ha cotizado»<sup>62</sup>. La STC 253/2004, de 22 diciembre, teniendo a la vista la normativa actualmente vigente sobre cotización aplicable a los trabajadores a tiempo parcial —cuya historia repasa detenidamente<sup>63</sup>—, declina

<sup>54</sup> Véase I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), págs. 15 y ss.; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares (Granada, 1999), págs. 107 y ss.; R. ROQUETA BUJ, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES (Madrid, 2002), págs. 11 y ss.; y S. DEL REY GUANTER (Director), *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, La Ley (Madrid, 2003), págs. 189 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. su apartado 1.1ª.a).

<sup>56</sup> Cfr. su apartado 1.1ª.c).

<sup>57</sup> Cfr. su apartado 1.1ª.b).

<sup>58</sup> Cfr. su apartado 1.2ª.a). Para causar derecho a «las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos... se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos de cotización», sin que, en ningún caso, pueda computarse «un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo» [*ibidem*, b)].

<sup>59</sup> Cfr. su apartado 1.4ª).

<sup>60</sup> Puesto que el Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, regulador de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, remite de nuevo, en materia de protección por desempleo, a «su normativa específica» (artículo 2.2).

<sup>61</sup> Cfr. su artículo 3.4).

<sup>62</sup> Cfr. SsTSud de 13 mayo 2002 (Ar. 7549) y 14 junio 2002 (Ar. 7206). Téngase en cuenta, además, que «el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo [en supuestos de violencia de género], contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de *período de cotización efectiva* a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo» (artículo 124.5 de la LGSS).

<sup>63</sup> Indicando líneas interpretativas al respecto, véase J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y J. LÓPEZ GANDIA, «Valores constitucionales y Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Derecho del Trabajo*, núm. 13 (1998), págs. 205 y ss.; y N. PUMAR BELTRAN, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 295 y ss.

pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la misma<sup>64</sup>, aun cuando su adecuación a la CE haya sido luego confirmada por el propio TC<sup>65</sup>.

Según la propia LGSS, «el tope máximo de la base de cotización... será aplicable igualmente en los casos de pluriempleo»<sup>66</sup>. Siempre en estos casos, «el límite máximo absoluto se distribuirá entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador en situación de pluriempleo o conforme al criterio que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin que, respecto de las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se asigne a cada empresa o sujeto obligado pueda ser superior a la cuantía de la base máxima de la categoría profesional del trabajador»<sup>67</sup>.

Una vez cuantificadas por el empresario las correspondientes bases de cotización, a estas bases les tiene que aplicar el propio empresario un porcentaje, conocido genéricamente con el nombre de «tipo de cotización». Lógicamente, no existe un solo tipo de cotización, sino varios, los cuales son fijados cada año por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>68</sup>, aunque normalmente sin variaciones de un año para otro. En primer lugar, el tipo de cotización general correspondiente a contingencias comunes, que desde hace algún tiempo es un 28,30 por 100, del cual el 23,60 por 100 lo paga el empresario, y el 4,70 por 100 restante, el trabajador. En segundo lugar, el tipo de cotización por «contingencias profesionales» (legalmente conocido con el nombre de «tarifa»)<sup>69</sup>, variable sobre todo según la peligrosidad del trabajo de que se trate —oscilando entre el 8,50 por 100, para el personal de vuelo (entre otros), y el 0,90 por 100, para el personal de estudios fotográficos, correspondiendo al personal de oficinas, por ejemplo, un 1 por 100—, y sin que quepa aquí reparto ninguno entre trabajador y empresario del porcentaje en cuestión, puesto que en «las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios»<sup>70</sup>. En tercer lugar, el tipo de cotización correspondiente al desempleo<sup>71</sup>, también variable

<sup>64</sup> Concluyendo que la incidencia de la doctrina de esta sentencia es «más bien escasa», aunque afecte, eso sí, a «las prestaciones causadas a partir del 1 de enero de 1994», véase F. CAVAS MARTÍNEZ, «La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio», *Aranzadi Social*, núm. 1-mayo (2005), pág. 28.

<sup>65</sup> Al respecto, véase ATC 200/2007, de 27 marzo.

<sup>66</sup> Cfr. su artículo 110.2, inciso primero.

<sup>67</sup> Cfr. artículo 9.1.3º del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>68</sup> Véase artículo 107.1 de la LGSS. También, artículo 10.3 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>69</sup> Véase artículo 108.1 de la LGSS. También, artículo 11.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>70</sup> Cfr. artículo 103.3 de la LGSS. También, artículo 22.3 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>71</sup> Véase artículo 224 de la LGSS. También, artículo 10.4 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

y orientado —desde 1999— a penalizar sobre todo la contratación de trabajadores precarios, puesto que por trabajadores indefinidos este tipo de cotización es actualmente el 7,30 por 100 (del que el 5,75 por 100 lo paga la empresa, y el 1,55 por 100, el trabajador), mientras que por trabajadores precarios a tiempo completo el tipo es superior, actualmente el 8,30 por 100 (del que el 6,70 por 100 lo paga la empresa, y el 1,60 por 100, el trabajador).

Téngase en cuenta que la Orden anual general de cotización, además del citado tipo general de cotización por contingencias comunes, también establece tipos de cotización especiales para este mismo tipo de contingencias en el Régimen General (por ejemplo, por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, para el caso previsto en el artículo 112. bis de la LGSS).

En materia de «contingencias profesionales», la norma aplicable ya no es el Real Decreto 2930/1979, de 29 diciembre, sino la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, sobre «Tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». Téngase en cuenta que la retribución por horas extraordinarias está sujeta «a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado», según dispone el artículo 111 de la LGSS (rotulado «Cotización adicional por horas extraordinarias»).

En materia de desempleo, los tipos penalizadores citados de la contratación precaria traen causa de un pacto social suscrito en solitario por CCOO y el Gobierno, en 1998, que se transpuso en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999<sup>72</sup>.

Una vez aplicados por el empresario estos tipos a las correspondientes bases de cotización, se obtienen las *cuotas* a ingresar o «cotizaciones sociales»<sup>73</sup>. Al respecto, el artículo 104 de la LGSS afirma lo siguiente: 1) que «el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad» (apartado 1, párrafo 1º); 2) que «el empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos» (apartado 2, inciso primero); y 3) que si el empresario «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» (apartado 2, inciso segundo). La regla general es que las «autoliquidaciones» de cuotas debe efectuarlas el empresario por «mensualidades

---

<sup>72</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2004), pág. 176.

<sup>73</sup> Téngase en cuenta, según el artículo 17 de la LGSS, que «las primas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tendrán, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social».

naturales completas»<sup>74</sup>, comunicándolas «a las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social»<sup>75</sup>, y utilizando para ello los modelos oficiales existentes de «documentos de cotización», que son los denominados —desde 1980— «TC-1» y «TC-2» (acrónimos en los que «T» significa Tesorería [General de la Seguridad Social] y «C» Cotización).

A nivel de normas reglamentarias se habla, con toda propiedad, de documentos de la «serie TC-1» y «serie TC-2»<sup>76</sup>, puesto que existe más de un «TC» (así, el «TC-1» es el boletín de cotización al Régimen General, con inclusión de modelo TC-2 Abreviado; el «TC-1-2» es el boletín de cotización al Régimen Especial de Empleados del Hogar, el «TC-1-3» es el boletín de cotización al Régimen General del colectivo de representantes de comercio, etc.).

Las cuotas por contingencias comunes pueden ser objeto de «subvenciones, desgravaciones y otras medidas» que «se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido»<sup>77</sup>, que venían tradicionalmente fijando las sucesivas Leyes anuales «de acompañamiento» de las de Presupuestos Generales del Estado, y ahora —desde 2005— la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado. También pueden ser objeto de penalizaciones, como en el caso de los contratos precarios —excluidos los de interinidad— de duración brevísima, respecto de los que las sucesivas Ordenes anuales generales de cotización vienen afirmando que «en los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea inferior a siete días, la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36 por 100».

La cuantía de las primas por «contingencias profesionales», por su parte, «podrá reducirse en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención» o «aumentarse en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo», teniendo en cuenta que la reducción y el aumento en cuestión «no podrán exceder del 10 por 100 de la cuantía de las primas, si bien el aumento podrá llegar hasta un 20 por 100 en caso de reiterado incumplimiento de las aludidas obligaciones»<sup>78</sup>.

Respecto de los aprendices y trabajadores con contrato para la formación, anualmente se establece su cotización aplicando un sistema de «cuota única mensual». Especialidad monumental —respecto de los representantes de comercio comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social— es, también, la relativa a que «el sujeto obligado a efectuar las liquidaciones..., así como el sujeto responsable del pago o cumplimiento de la obligación de cotizar será el propio representante, que deberá ingresar en su totalidad tanto las aportaciones propias como aquellas que correspondan al empresario o, en su caso, empresarios con los que mantenga relación laboral»<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. artículo 16.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>75</sup> Cfr. artículo 18.2, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>76</sup> También existen los documentos de la «serie TA» (así, el «TA.1»), relativo a la solicitud de afiliación a la Seguridad Social, asignación de número de Seguridad Social y variación de datos; el «TA.2/S», relativo a la solicitud de alta, baja y variación de datos del trabajador por cuenta ajena o asimilada; etc.) y de la «serie TR», acrónimos en los que «T» significa Tesorería General de la Seguridad Social, «A» significa Aseguramiento o Afiliación, y «R» significa Recaudación.

<sup>77</sup> Cfr. artículo 17.3 del ET.

<sup>78</sup> Cfr. artículo 108.3 de la LGSS.

<sup>79</sup> Cfr. artículo 31.1, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

En fin, la LGSS confirma la imperatividad del conjunto de reglas de que acaba de hacerse mención, afirmando que «será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario» (artículo 105, párrafo 1º)<sup>80</sup>, así como que «será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109 de la presente Ley» (*ibidem*, párrafo 2º).

En el recién citado «TC-1», además de las autoliquidaciones correspondientes a contingencias comunes, riesgos profesionales y desempleo, el empresario también debe practicar las autoliquidaciones correspondientes a las llamadas «cuotas de recaudación conjunta». Según la LGSS, se trata de «las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y para formación profesional», en las que la base de cotización «será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», y los tipos de cotización «los que se establezcan, para cada año, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»<sup>81</sup>. Lógicamente, la cuota correspondiente al FOGASA —normalmente, un 0,20 por 100 de los salarios— la paga exclusivamente el empresario, mientras que en la cuota de formación profesional —normalmente, un 0,70 por 100 de los salarios— una parte la paga el empresario (normalmente, el 0,60 por 100) y el resto el trabajador, debiendo el empresario proceder a descontarle de sus salarios este porcentaje que le corresponde (esto es, el 0,10 por 100).

La propia LGSS afirma que «la exoneración de la cotización prevista en el artículo 112 bis de la presente Ley, comprenderá también las aportaciones por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional»<sup>82</sup>; y además, para el caso de la cotización durante la situación de desempleo, que «cuando se haya extinguido la relación laboral, la cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional»<sup>83</sup>.

**§6.** Como regla general, gravita sobre el empresario la obligación de mantener al día todos los datos relativos a él y a los trabajadores a su servicio, que de algún modo puedan repercutir sobre la relación jurídica de

<sup>80</sup> Cfr. asimismo artículo 26.4 del ET. Al respecto, véase J. GARCÍA MURCIA, «La prohibición de la asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 18 (1984), págs. 217 y ss.; además, A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador. Especial referencia a los pactos de *gross up* y a la llamada repercusión o traslación del ingreso a cuenta», *Relaciones Laborales*, 1999-1, págs. 556 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. su disposición adicional 21ª.1.

<sup>82</sup> Cfr. su disposición adicional 21ª.3.

<sup>83</sup> Cfr. su artículo 214.3.

Seguridad Social. Se trata de un tema —conectado también a la dinámica de la relación jurídica de Seguridad Social— sucintamente regulado en la LGSS, con la denominación «variaciones de datos»<sup>84</sup>, aunque el reglamento general aprobado por el Real Decreto 84/1996 se explyaya sobre el mismo, regulando las variaciones de datos relativos a la inscripción de empresa<sup>85</sup>, a la afiliación de los trabajadores<sup>86</sup>, al alta de los trabajadores y, por último, la «variación de datos que tenga repercusión en la cotización»<sup>87</sup>. Según el propio reglamento, el empresario debe cumplir esta obligación en modelo oficial dirigido a la Dirección Provincial correspondiente de la TGSS, en el plazo de «seis días naturales» a contar desde que se produzca la variación<sup>88</sup>, salvo en el caso de «cambio de la entidad que cubra las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, en su caso, la prestación económica por incapacidad temporal», en el que la comunicación se presentará «con una antelación de diez días naturales a su efectividad»<sup>89</sup>.

Como regla general, «las variaciones que puedan producirse en los datos de los trabajadores... causarán efectos a partir del momento en que aquéllas se produzcan siempre que sean comunicadas en tiempo y forma a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social»<sup>90</sup>.

§7. La regla general es que la obligación de cotizar se mantiene mientras no se extinga el contrato de trabajo, aunque el trabajador haya dejado de prestar servicios temporalmente al empresario, como ocurre en los supuestos frecuentísimos de suspensión del contrato por incapacidad temporal del trabajador (y asimilados a ellos), respecto de los que la LGSS afirma que «la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural» (artículo 106.4)<sup>91</sup>. Por eso mismo, para referirse a estos supuestos en los que el trabajador permanece en situación de alta con obligación de cotizar, aun cuando no esté prestando servicios a su empresario, la propia LGSS también afirma que «la obligación de

---

<sup>84</sup> Cfr. su artículo 13.4.

<sup>85</sup> Véase su artículo 17, relativo precisamente a la «comunicación de variaciones de datos».

<sup>86</sup> Véase su artículo 28, con el título «Variación de datos de la afiliación».

<sup>87</sup> Cfr. su artículo 37.3.

<sup>88</sup> Cfr. sus artículos 17.2, 28.1 y 32.3.2°.

<sup>89</sup> Cfr. su artículo 17.2.

<sup>90</sup> Cfr. artículo 37.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>91</sup> Además, véase artículo 13.2 del reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador *esté en alta en el Régimen General* o preste servicios» (artículo 106.2). Lógicamente, el empresario deberá cursar la baja cuando se extinga el contrato de trabajo, comunicándole el hecho en modelo oficial a la Dirección Provincial correspondiente de la TGSS, «dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo»<sup>92</sup>; teniendo en cuenta, si esto no ocurre, que «en los casos en que no se solicite la baja o ésta se formule fuera del plazo y en modelo o medio distinto de los establecidos, no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca del cese en el trabajo por cuenta ajena»<sup>93</sup>.

Téngase en cuenta que «la mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o desarrollo de la actividad o situación correspondiente»<sup>94</sup>.

**§8.** Una vez cursada la baja —normalmente, como acaba de verse, por extinción del contrato de trabajo—, no se expulsa al trabajador del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, puesto que —al efecto de poder causar derecho a nuevas prestaciones respecto de las que la LGSS exige estar «afiliado y en alta» (artículo 124.1)— la propia LGSS prevé que el mismo pueda quedar en «situación asimilada a la de alta» (artículo 124.1). Al respecto, el reglamento general aprobado por el citado Real Decreto 84/1996 afirma que «continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios... se encuentren en alguna de las situaciones siguientes»<sup>95</sup>, que —según mención directa de esta misma norma— son hasta dieciséis situaciones distintas<sup>96</sup>, aunque —de entre todo este cúmulo de situaciones asimiladas a la de alta— las más significativas jurídicamente hablando sean tres, dos de las cuales aparecen expresamente mencionadas en la LGSS. En primer lugar, «la

<sup>92</sup> Cfr. artículo 32.3.2º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>93</sup> Cfr. artículo 35.2.2º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>94</sup> Cfr. artículo 35.2.5º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>95</sup> Cfr. su artículo 36.1.

<sup>96</sup> Aunque la doctrina científica especializada que se ha ocupado del tema llega a detectar, analizando en su conjunto nuestro sistema de Seguridad Social, más de cuarenta. Al respecto, véase G.L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1997), págs. 101-105. A los listados en cuestión habría ahora que incorporar alguna más, como la incluida —a partir de 2002— en el tenor de los artículos 125.1 y 210.4 de la LGSS, relativa a «la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato»; o también, a propósito de la violencia de género padecida por las trabajadoras autónomas, la regulada por el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia» (artículo 125.1)<sup>97</sup>, radicalmente caracterizada porque durante ella subsiste la obligación de cotizar —con abono de cuotas empresariales y cuotas obreras—, aunque sin que el empresario tenga ningún deber al respecto, pues «durante el período de percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación... la aportación que corresponda al trabajador»<sup>98</sup>. En segundo lugar, la del «convenio especial con la Administración de la Seguridad Social» (artículo 125.2)<sup>99</sup>, cuya variante principal se refiere al caso de una persona en situación de baja que estipula con la TGSS un contrato de seguro especial, con la finalidad de poder llegar a causar derecho a prestaciones que exijan períodos previos de cotización, a cambio del pago periódico de una prima, del todo equivalente a las cotizaciones a la Seguridad Social que paga el trabajador<sup>100</sup>. Y en tercer lugar, la situación de «paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo»<sup>101</sup>, en la que ya no se cotiza, aunque le sirva al inscrito para poder causar derecho en su día a prestaciones como la pensión de jubilación contributiva, las de muerte y supervivencia o los subsidios asistenciales por desempleo.

El apartado 1 del artículo 36 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996 —precepto que menciona el cúmulo aludido de situaciones asimiladas a la de alta— es una norma, por causa de su radical importancia, que merecería ser puesta al día, dado que algunas de las situaciones asimiladas a la de alta a que alude han quedado obsoletas<sup>102</sup>. Las que no han

<sup>97</sup> El artículo 36.1.1º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996 la denomina «situación legal de desempleo, total y subsidiado».

<sup>98</sup> Cfr. artículo 214.1 de la LGSS. Sobre esta cotización, véase *infra*, Tema 10, §4.

<sup>99</sup> El artículo 36.1.6º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996 habla de la «suspensión de convenio especial en sus diferentes tipos». El convenio en cuestión aparece actualmente regulado en la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre.

<sup>100</sup> La naturaleza jurídica de este convenio y sus principales modalidades aparecen pulcramente analizadas en A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 3 y ss. Además, véase *infra*, Tema 16, §3.

<sup>101</sup> Cfr. artículo 36.1.1º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>102</sup> Sería el caso, por ejemplo: 1) de la «suspensión del contrato de trabajo por servicio militar o prestación social sustitutoria» (artículo 36.1.4º), dado que se trata de deberes actualmente suspendidos (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 305, nota 19); 2) «a los solos efectos de asistencia sanitaria, [de] la situación de los trabajadores despedidos, incluidos en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción laboral demanda por despido improcedente o nulo» (artículo 36.1.12º), vistas todas las modificaciones operadas en el título III de la LGSS por la Ley 45/2002, de 12 diciembre; 3) de la «invalidez provisional» mencionada por el artículo 2.1 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril, a que remite el artículo 36.1.13º del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, cuya obsolescencia formal es clara desde 1 enero 1995; y 4) también por causa de idéntica remisión, la de «los trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente», visto que actualmente todo trabajador despedido se encuentra, en principio, en situación legal de desempleo.



quedado obsoletas —añadiéndolas a las exclusivamente referidas al Régimen General de la Seguridad Social<sup>103</sup>— ascienden a un total de nueve. De entre ellas, tres merecen tratamiento aparte, por causa de la subsistencia de la obligación de cotizar<sup>104</sup>, bien a cargo del empresario (en caso de «traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional»)<sup>105</sup>, bien de la entidad gestora de la prestación por desempleo (durante «los períodos de inactividad entre trabajos de temporada», supuesto que en este último caso el fijo-discontinuo se encuentre en situación legal de desempleo)<sup>106</sup>, bien a cargo del Estado («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»)<sup>107</sup>.

Los trabajadores con contrato suspenso por huelga o cierre patronal no se encuentran en situación asimilada a la de alta, pues la LGSS afirma que «durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de *alta especial* en la Seguridad Social» (artículo 125.6), aunque la normativa reglamentaria de desarrollo en este concreto punto del DLRT afirme que esta «situación de alta especial... tendrá la consideración de asimilada a la de alta, a efectos del conjunto de la acción protectora del Régimen de que se trate»<sup>108</sup>

En relación con la situación relativa al mantenimiento de la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, téngase en cuenta la existencia de jurisprudencia laboral flexibilizando la exigencia de que la misma se mantenga con carácter ininterrumpido<sup>109</sup>, a los efectos citados de causación en su día de pensión de jubilación contributiva<sup>110</sup>, de las de muerte y supervivencia<sup>111</sup> o del subsidio de desempleo para mayores de 52 años<sup>112</sup>.

<sup>103</sup> El precepto en cuestión, a propósito de diversos Regímenes Especiales de Seguridad Social, menciona las siguientes: 1) «en el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre» (artículo 36.1.14°); 2) «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» (artículo 36.1.15°); y 3) «los períodos de percepción de las ayudas reguladas en el Real Decreto 5/2001, de 12 enero, por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el cese anticipado de la actividad agraria» (artículo 36.1.16°).

<sup>104</sup> Quedarían excluidas de la obligación en cuestión las seis siguientes: 1) «la excedencia forzosa» (artículo 36.1.2°); 2) «la situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo de acuerdo con la legislación aplicable» (artículo 36.1.3°); 3) «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 invalidez permanente debida a dicha contingencia» (artículo 36.1.9°); 4) «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, conforme a los términos que para cada caso establece el artículo 6 del Decreto 2766/1967, de 16 noviembre, en la redacción dada al mismo por el Decreto 3313/1970, de 12 de noviembre» (artículo 36.1.11°); 5) «el retorno de los trabajadores emigrantes» mencionados por el artículo 2.1 del Real Decreto 625/1985, a que remite el artículo 36.1.13° del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996; y 6) también por causa de idéntica remisión, «la liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional».

<sup>105</sup> Cfr. artículo 36.1.5°. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en la Orden Ministerial de 27 enero 1982, sobre el alcance de situación asimilada a la de alta de los trabajadores al servicio de Empresas españolas trasladados al extranjero.

<sup>106</sup> Cfr. artículo 36.1.7°. Sobre esto, véase *infra*, Tema 10, §4.

<sup>107</sup> Cfr. artículo 36.1.8°.

<sup>108</sup> Sobre los pormenores del tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 463-466.

<sup>109</sup> Véase J. GARCÍA MURCIA, «El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia», *Actualidad Laboral*, 2002-1, págs. 15 y ss.

<sup>110</sup> Véase *infra*, Tema 7, §2 *in fine*.

<sup>111</sup> Véase *infra*, Tema 8, §3.

<sup>112</sup> Véase *infra*, Tema 10, §5 *in fine*.

§9. Como se sabe, la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, supuso una apuesta decidida del Estado por la modernización de la actuación administrativa, a través de la utilización de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos<sup>113</sup>. Dado su carácter de verdadera Administración pública, es lógico que estos nuevos planteamientos incidiesen también en la Administración de la Seguridad Social —ya sensible a la informatización desde muchos años antes—, al tratarse de una Administración pública obligada a tramitar todos los años millones y millones de expedientes administrativos relativos a ciudadanos repartidos por toda nuestra geografía. Y sobre todo, al tratarse de una Administración pública obligada, desde siempre, a actuar con una contención brutal de sus gastos de gestión administrativa<sup>114</sup>.

Prueba esta sensibilidad la creación, ya en 1980, de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, afirmándose en la actualidad que la «Gerencia de Informática de la Seguridad Social, con la naturaleza de Servicio Común de la Seguridad Social, sin personalidad jurídica y nivel orgánico de subdirección general, queda adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y dependerá funcionalmente de cada Entidad Gestora de la Seguridad Social, de la Intervención General de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de los programas y proyectos que afecten a su competencia respectiva»<sup>115</sup>.

La regulación específica de este tema, en lo tocante siempre a la Administración de la Seguridad Social, aparece contenida en una Orden Ministerial de 3 abril 1995, de creación del que ahora se denomina «sistema de Remisión Electrónica de Datos» o «sistema RED»<sup>116</sup>. Se trata de una norma creadora de un marco jurídico modélico, por causa sobre todo de su estabilidad, a pesar no sólo de los desasosegantes cambios que continuamente padece nuestra legislación de Seguridad Social, sino

---

<sup>113</sup> Cfr. artículos 45.1, 45.2 y 45.4, y disposición adicional 2ª.

<sup>114</sup> Según el artículo 3, párrafo 1º, de la Orden Ministerial de 14 noviembre 1995, «la cuantía anual de los gastos administrativos de gestión realizados por el conjunto de Entidades Gestoras de la Seguridad Social incluidas en el ámbito de aplicación de esta Orden e imputables a la función presupuestaria de “Prestaciones económicas” no podrá superar el 1 por 100 de la suma de las obligaciones reconocidas por tales entidades en dicha función, durante el respectivo ejercicio presupuestario».

<sup>115</sup> Cfr. disposición adicional 2ª.1, párrafo 1º, del Real Decreto 1600/2004, de 2 julio. Sobre los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los que incide la gestión electrónica de la Seguridad Social, véase la disposición adicional 4ª de la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

<sup>116</sup> Véase A.J. VALVERDE ASENCIO, «Algunas cuestiones sobre el marco normativo del Sistema de Remisión Electrónica de Documentos a la Tesorería General de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, 2002-I, págs. 1497 y ss.

también de los continuos e incesantes avances científicos que se producen en materia de nuevas tecnologías de la información. A ello ha contribuido, en buena medida, que el propósito primordial de esta norma fuese facilitar el «cumplimiento de las correspondientes obligaciones» de Seguridad Social<sup>117</sup>, sobre todo por parte de los empresarios.

La citada Orden Ministerial de 1995 se completa con una compleja Resolución de la Dirección General de la TGSS de 23 mayo 1995, de desarrollo de la misma<sup>118</sup>, que contiene en su anexo I un utilísimo y esclarecedor —especialmente para los legos en informática— «Glosario de términos (por orden alfabético)».

Aunque la utilización de este «sistema RED» comenzó teniendo un carácter meramente voluntario<sup>119</sup>, desde 1998 ha ido imponiéndose progresivamente su utilización<sup>120</sup>. Actualmente, a efectos de la tramitación de inscripciones de empresas, afiliaciones de trabajadores, altas de trabajadores, cotizaciones, variaciones de datos y bajas de trabajadores, tienen el deber de utilizarlo: 1) las empresas que pretendan la adquisición y mantenimiento de reducciones, bonificaciones o cualesquiera otros beneficios en las bases, cuotas y tipos de Seguridad Social, siempre que tengan más de 10 trabajadores en alta; y 2) todas las demás empresas distintas de éstas, siempre que tengan más de 100 trabajadores en alta. Además, desde 1 enero 2004, «la modalidad Internet constituirá la única plataforma de transmisión electrónica de datos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, variaciones de datos de unas y otros, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los autorizados al Sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED)»<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. su artículo 2.

<sup>118</sup> BOE de 7 julio 1995.

<sup>119</sup> Según el artículo 1 de la citada Orden Ministerial de 1995, «las actuaciones relativas a la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos de unas y otros, así como a la cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social... *podrán realizarse* a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en la forma que determine la Tesorería General de la Seguridad Social, que previamente aprobará los programas, aplicaciones, diseños y estructuras de datos que vayan a ser utilizados a través de dichos medios y difundirá públicamente sus características».

<sup>120</sup> El punto de inflexión lo marca la Orden Ministerial de 28 enero 1998, de desarrollo de las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 65/1997, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998. Tras ella, toda la evolución ulterior del tema trae causa de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>121</sup> Cfr. la instrucción primera de la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 8 abril 2003 (BOE de 28 abril), sobre implantación del estándar de comunicaciones basado en el protocolo IP, conocido como Internet, como única plataforma de comunicación entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los autorizados al sistema de remisión electrónica de datos (RED).

Aparte el «sistema RED» —asimismo de utilización obligada para cursar las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y de alta<sup>122</sup>—, téngase en cuenta que también existe el «Sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo (Delt@)»<sup>123</sup> y la «aplicación informática denominada Certific@2 para la recepción y almacenamiento de los... datos [entre otros, del certificado de empresa] transmitidos por los empleadores a la entidad gestora para la gestión de las prestaciones por desempleo»<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Véase *infra*, Tema 5, §3 *in fine*.

<sup>123</sup> Véase *infra*, Tema 4, §4 *in fine*.

<sup>124</sup> Véase *infra*, Tema 10, §4.

---

## TEMA 4

# LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN GENERAL

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El accidente de trabajo propiamente dicho. §3. Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo. §4. El accidente de trabajo *in itinere*. §5. Las enfermedades profesionales.

§1. El accidente de trabajo y la enfermedad profesional aparecen definidos en los artículos 115 y 116 de la LGSS, que contienen respectivamente el «concepto» del uno y de la otra. Se trata de preceptos que ya constaban, con una redacción sustancialmente idéntica, tanto en la primera como en la segunda Leyes generales de Seguridad Social de 1966 y 1974<sup>1</sup>. Y cuyo tenor incluso se remonta mucho más atrás en el tiempo<sup>2</sup>, pues algunos de los catorce elementos que conforman hoy la definición legal de accidente de trabajo figuraban ya, también con una redacción sustancialmente idéntica, en nuestras sucesivas legislaciones históricas de accidentes de trabajo de 1900<sup>3</sup>, 1922<sup>4</sup>, 1931<sup>5</sup> y 1956<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. artículos 84 y 85 de ambas Leyes.

<sup>2</sup> Véase J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier (Barcelona, 2007), págs. 33 ss.

<sup>3</sup> La Ley de accidentes de trabajo de 30 enero de dicho año ya afirmaba que «entiéndese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena» (artículo 1, inciso 1º).

<sup>4</sup> La Ley de accidentes de trabajo de 10 enero de dicho año ya afirmaba que «el patrono es responsable de los accidentes..., a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente», y que «la imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo no exime al patrono de responsabilidad» (artículo 2). Por su parte, el reglamento provisional de esta Ley, aprobado por Real Decreto de 29 diciembre 1922, matizó que «la imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira, no exime al patrono de responsabilidad» (artículo 4, párrafo 3º).

<sup>5</sup> En el Decreto de 12 junio de dicho año, sobre bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de accidentes de trabajo, ya se afirmaba que «a los efectos de esta Ley, no se considerarán debidos a fuerza mayor, extraña al trabajo, los accidentes en trabajos que reconozcan por causa la insolación, el rayo u otros fenómenos análogos naturales» (base 5ª).

<sup>6</sup> En el reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio de dicho año, ya se afirmaba que «la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del patrono o de una tercera persona no impide la calificación del hecho como accidente de trabajo a todos los efectos de la Ley, salvo que se estime la excepción de fuerza mayor extraña al trabajo» (artículo 4).

Aunque los citados artículos 115 y 116 forman parte del Título II de la LGSS, relativo al Régimen General, las normas reguladoras de los diversos Regímenes Especiales que también encuadran trabajadores asalariados o dependientes remiten implícitamente a los mismos —siempre respecto de dicho tipo de trabajadores—, indicando que «el concepto de las contingencias protegidas... será el que se fije respecto de cada una de ellas en el Régimen General de la Seguridad Social»<sup>7</sup>.

La LGSS confirma que «tienen naturaleza contributiva», entre otras, «la totalidad de las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales» [artículo 86.2.a), párrafo 2º].

También confirma, frente a la regla de financiación de todos los Regímenes de Seguridad Social con arreglo al sistema de «reparto», que «en materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo... se procederá a la *capitalización* del importe de dichas pensiones» (artículo 87.3, párrafo 1º).

Esta continuidad legislativa ha propiciado la existencia de una masa fenomenal de jurisprudencia laboral ordinaria sobre el tema<sup>8</sup>, significativa y coherente ya desde el año 1903 y que no ha dejado de crecer desde entonces, favoreciendo este crecimiento suyo sobre todo el hecho de que el artículo 115 de la LGSS (precepto, por lo demás, prolijamente casuístico) sea asimismo un precepto legal «puro», totalmente carente de un desarrollo reglamentario, que ni siquiera prevé.

La primera Ley general de Seguridad Social de 1966, al proceder a definir los accidentes de trabajo *in itinere*, afirmaba que eran tales «los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen»<sup>9</sup>, pero esta remisión a normas reglamentarias fue suprimida en la segunda Ley general de Seguridad Social de 1974.

La continuidad legislativa citada explica que la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, afirme respetuosamente que «sin perjuicio de la utilización de las definiciones contenidas en esta Ley en el ámbito de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la normativa de Seguridad Social, continuarán siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo» (disposición adicional 1ª).

En cambio, a la hora de interpretar las cláusulas de los convenios colectivos sobre mejoras voluntarias de Seguridad Social en caso de «accidente», hay que estar a la literalidad

---

<sup>7</sup> Cfr. artículo 14.2 del texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial agrario, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 julio. En sentido análogo, artículo 28.2 del texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial de los trabajadores del mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 agosto; y artículo 5.1 del Decreto 298/1973, de 8 febrero, regulador del Régimen Especial de la minería del carbón. Sobre el peculiar concepto de «accidente» en el Régimen Especial de empleados de hogar, véase *infra*, Tema 9, §3.

<sup>8</sup> Con una recopilación significativa, véase J. GARCÍA MURCIA, *Jurisprudencia sobre responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 851 ss.

<sup>9</sup> Artículo 84.5.a).

de las cláusulas convencionales en cuestión, sin que puedan aplicarse analógicamente los correspondientes «conceptos» clásicos de la normativa estatal de Seguridad Social<sup>10</sup>.

Estos dos artículos, junto con otros cuatro (esto es, los artículos 114, 117, 118 y 119), aparecen agrupados en el Título II de la LGSS en una misma sección de su Capítulo III, rotulada «Contingencias protegibles». Resulta evidente, sin embargo, que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional no son en modo alguno «contingencias», sino «riesgos» —y además, verdaderos riesgos profesionales, específicos sólo de los trabajadores, a diferencia de los «accidentes no laborales» y de las «enfermedades comunes», definidos por el artículo 117 y susceptibles de ser padecidos por cualquiera—, cuya actualización en siniestros es lo que sí puede dar lugar, en cambio, a la existencia de concretas «contingencias» o situaciones protegibles, como las de incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte<sup>11</sup>. Confirma esta evidencia —dando por supuesto que el accidente (de trabajo o no laboral) y la enfermedad (profesional o común) carecen de la naturaleza propia de los «riesgos» catastróficos— el artículo 119 de la LGSS, que cierra la sección en cuestión, indicando que «en ningún caso serán objeto de protección por el Régimen General los riesgos declarados catastróficos al amparo de su legislación especial».

Según esta normativa especial, se consideran tales, por ejemplo, «los siguientes fenómenos de la naturaleza: los terremotos y los maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos»<sup>12</sup>.

Significativamente, el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre, a propósito del ramo de seguro de incendio y otros daños a los bienes, afirma que «incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3 [automóvil], 4 [vehículos ferroviarios], 5 [aviación], 6 [vehículos marítimos, lacustres y fluviales] y 7 [mercancías transportadas] causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno»<sup>13</sup>.

Según este mismo texto refundido, los ramos 1 y 2 de seguros privados se denominan de «Accidentes y enfermedad»<sup>14</sup>, quedando «expresamente excluidos del ámbito de aplicación de esta ley el régimen general y los regímenes especiales que integran el sistema de Seguridad Social obligatoria»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Al respecto, véanse SsTSud de 13 y 20 octubre 2003 (Ar. 7743 y 7587).

<sup>11</sup> Véase F. CAVAS MARTÍNEZ y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La Cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2006), págs. 27 ss.

<sup>12</sup> Cfr. artículo 1 del reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, aprobado por Real Decreto 300/2004, de 20 febrero.

<sup>13</sup> Artículo 6.1.a).8.

<sup>14</sup> Artículo 6.1.b).1º.

<sup>15</sup> Artículo 1.2. Además, «quedan expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones, regidas por el texto refundido de la Ley de regulación de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que estarán reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones» [artículo 6.2.A.c).1º].

§2. Según el artículo 115 de la LGSS, «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (apartado 1)<sup>16</sup>. En sentido estricto o propio, el accidente de trabajo presupone una lesión corporal (golpe o herida) provocada súbitamente por un agente externo. Siempre en este sentido estricto, se trata de un presupuesto que el accidente de trabajo comparte con el accidente no laboral o mero accidente común.

Este común denominador justifica la asimilación del accidente no laboral a los riesgos propiamente profesionales, a efectos muy importantes de Seguridad Social, afirmándose al respecto en la LGSS, por ejemplo, que «no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, *sea o no de trabajo*, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario» (artículo 124.4)<sup>17</sup>.

Estos accidentes de trabajo propiamente dichos eran precisamente los registrados por la jurisprudencia civil de finales del siglo XIX («a un tren cargado de carbón... se le rompieron... los ganchos de las cadenas de seguridad, por lo que, a causa de la pendiente, retrocedieron 11 vagones..., trozo del tren que por fin descarriló, quedando muerto en el acto el conductor»<sup>18</sup>; de un «tren de mercancías... se cayó... y fue arrollado, el fogonero..., sufriendo la fractura del brazo derecho, que después le fue amputado, y otras lesiones»<sup>19</sup>; «estando ocupados varios operarios en la reparación de plataformas de la estación de ferrocarril..., a consecuencia de un golpe saltó un trozo de acero, que se alojó en la esclerótica del ojo» de uno de los obreros, provocándole «su inutilidad»<sup>20</sup>), frente a la que reaccionó —imponiendo la responsabilidad objetiva del empresario— la primera Ley de accidentes de trabajo de 1900<sup>21</sup>.

Evidentemente, hoy ya no se pleitea acerca de la calificación o no como verdaderos accidentes de trabajo de estos accidentes de trabajo en sentido propio, refiriéndose el grueso de la litigiosidad actual ante los tribunales laborales a los accidentes de trabajo «impropios» (señaladamente, los accidentes de tráfico ocurridos *in itinere*), a las enfermedades del trabajo (señaladamente, infartos de miocardio o sucesos similares) y a la existencia o no de culpa del empresario en la causación del accidente (señaladamente, a efectos del eventual recargo inasegurable de prestaciones de Seguridad Social), a ver luego<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> El accidente de trabajo es *partout* punto de conexión crítico entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. Lo pone de relieve con toda claridad, por ejemplo, B. XAVIER, *Direito do Trabalho. Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora (Lisboa, 2005), págs. 41-42, afirmando que «aunque de la Constitución y de las orientaciones generales de las Leyes de seguridad social parezca resultar que los accidentes tienen su lugar en la Seguridad Social, el régimen jurídico del riesgo relativo a “accidentes de trabajo” está configurado entre nosotros como perteneciendo al Derecho del trabajo y está tratado pormenorizadamente en el Código del Trabajo».

<sup>17</sup> Siempre en la LGSS, véanse asimismo sus artículos 130.b) (incapacidad temporal), 138.1, párrafo 1º (incapacidad permanente), 174.1, párrafo 1º (pensión de viudedad), y 175.1, párrafo 1º (pensión de orfandad).

<sup>18</sup> Cfr. STS (Sala 1ª) de 2 marzo 1897.

<sup>19</sup> Cfr. STS (Sala 1ª) de 10 marzo 1897.

<sup>20</sup> Cfr. STS (Sala 1ª) de 18 marzo 1898.

<sup>21</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 23-25.

<sup>22</sup> *Infra*, §3, §4 y §5.



Ahora bien, sobre esta base, lo que diferencia los accidentes de trabajo y los accidentes no laborales o comunes es el nexo trabajo-lesión, esto es, el hecho de que los primeros —a diferencia de lo que ocurre en los segundos— se produzcan «con ocasión o por consecuencia del trabajo» prestado por el accidentado. Es importante tener en cuenta, al efecto de concluir que existe dicho nexo, que la palabra «trabajo» no puede ser en modo alguno interpretada en sentido estricto —por ejemplo, como sinónima de trabajo habitual—, pues el artículo 115 de la LGSS afirma que «tendrán la consideración de accidentes de trabajo», entre otros, «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» [apartado 2.c)]. El propio artículo 115 de la LGSS favorece la prueba de la existencia del nexo causal en cuestión, al establecer la denominada presunción de laboralidad del accidente, indicando que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo» (apartado 3).

La LGSS avala el planteamiento ampliatorio aludido, al afirmar igualmente que «tendrán la consideración de accidentes de trabajo», además, «los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical» [artículo 115.2.b)], así como «los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo» [artículo 115.2.d)]<sup>23</sup>.

Como presunción *iuris tantum* que es, esta presunción de laboralidad del accidente puede destruirse mediante la correspondiente prueba en contrario, relativa a la ruptura del nexo con el trabajo de la lesión corporal padecida. Ahora bien, supuesto que esta última ocurriese «durante el tiempo y en el lugar del trabajo», la jurisprudencia laboral sostiene, con toda razón, que se trata de una prueba en contrario de extraordinaria dificultad. Y ello, por causa de que el artículo 115 de la LGSS —en relación con los diversos actos o hechos susceptibles de provocar el accidente— afirma: 1) que no impedirán la calificación del suceso como accidente de trabajo, por lo que respecta a los actos del trabajador, «la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira»

<sup>23</sup> El tema aparece ya confirmado en dos viejas SsTS (Sala 1ª) de 28 enero 1916 y 16 marzo 1918. Al respecto, véase J. GÁRATE CASTRO, «En torno a los accidentes de trabajo acaecidos en actos de salvamento», *Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad*, vol. III-núm. 8 (1980), págs. 380 ss.

[apartado 5.a)], en cuanto que excepción a la regla de sentido común, relativa a que no tendrán la consideración de accidentes de trabajo «los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado» [apartado 4.b)]; 2) que tampoco impedirán la calificación como accidente de trabajo, por lo que respecta a los actos de personas distintas del trabajador, «la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo» [apartado 5.b)]; y 3) por lo que respecta a hechos que no sean del hombre o hechos naturales —encajables, en principio, en el concepto de fuerza mayor<sup>24</sup>—, que «en ningún caso se considera fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza» [apartado 4.a), párrafo segundo].

Razonando sobre la posible prueba en contra que rompa la citada presunción de laboralidad del accidente, la jurisprudencia laboral sostiene que «aunque en muchas ocasiones esa prueba sea difícil [para el empresario o su mutua aseguradora], no lo es en mayor proporción que la que es preciso efectuar [por parte del accidentado] para demostrar que la relación de causalidad lesión-trabajo se da cuando no entra en juego esta presunción legal», con lo que «se equilibra, en gran medida, la posición de las partes afectadas en orden a soportar los inconvenientes de la falta de acreditación»<sup>25</sup>.

**§3.** Recogiendo una larga tradición jurisprudencial que se remonta al año 1903<sup>26</sup>, el artículo 115 de la LGSS asimila al accidente de trabajo propiamente dicho determinadas enfermedades distintas de las enfermedades profesionales, a ver luego —de ahí que se las denomine, para distinguirlas de estas últimas, *enfermedades del trabajo*<sup>27</sup>—, fundamentalmente al indicar que «tendrán la consideración de accidentes de trabajo», entre otros varios supuestos, «las enfermedades... que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo» [apartado 2. e)]<sup>28</sup>. En este tipo de casos, la diferencia con el accidente de trabajo en

<sup>24</sup> Acerca de la «guerra» como supuesto de fuerza mayor exonerante, véase el pulcro estudio de jurisprudencia laboral, con todos sus matices, realizado por X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 360 ss.

<sup>25</sup> Cfr. STSJ Navarra de 28 febrero 2003 (Ar. 1219). Véase M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Accidente de trabajo y relación de causalidad», en B. GONZALO GONZÁLEZ y M. NOGUEIRA GUASTAVINO (Directores y Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa (Madrid, 2000), págs. 323 ss.

<sup>26</sup> Acerca de la famosa STS (Sala 1ª) de 17 junio de dicho año, relativa a la «intoxicación llamada saturnina», véase *supra*, Tema 1, §3.

<sup>27</sup> Véase M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Las enfermedades del trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 21 ss.

<sup>28</sup> Se trata de nuevo de un tema virtualmente universal. Al respecto, véase M.V. RUSSOMANO, *Curso de Previdência Social*, 1ª ed., Forense (Rio de Janeiro, 1979), págs. 314 ss.

sentido estricto es clara —de ahí la necesidad de asimilación—, puesto que aquí no existe acción súbita de ningún agente exterior, sino más bien la existencia de un proceso interior morboso o insidioso de carácter lento, aunque acabe concluyendo con dolencias de súbita aparición o súbito desenlace, como en el supuesto prototípico —frecuentísimamente litigado por las mutuas aseguradoras de los empresarios— de los infartos de miocardio o análogos (anginas de pecho, trombosis, etc.)<sup>29</sup>. En relación con estos sucesos cardiovasculares, la jurisprudencia laboral sostiene que si ocurren durante el tiempo y en el lugar de trabajo, cabe perfectamente su consideración como verdaderas enfermedades del trabajo (y por ello mismo, como lesiones asimiladas a los accidentes de trabajo en sentido propio), al deber aplicárseles —para facilitar la prueba del nexo trabajo-lesión— la presunción *iuris tantum* de laboralidad del accidente, del citado artículo 115.3 de la LGSS.

Según jurisprudencia laboral unificada e incontrovertida, «se trata, en definitiva, de una enfermedad que, manifestada en el lugar y en horario de trabajo, debe calificarse de enfermedad de trabajo y beneficiada también de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS, como esta Sala tiene reiteradamente dicho... en sentencias recientes para casos como los siguientes: en relación con el infarto de miocardio..., en un supuesto de parada cardiorrespiratoria de origen central a resultas de una hipoxia cerebral..., en el caso de una angina de pecho..., o en el caso de una encefalopatía postanóxica con parada respiratoria en el contexto de una angina de pecho... y también [en el de] la trombosis»<sup>30</sup>.

En cambio, «no basta... para que actúe la presunción de laboralidad prevista en aquel precepto con que el trabajador se halle en los vestuarios de la empresa cuando ocurre el episodio [infarto]..., sino que el término legal “tiempo de trabajo” contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 del ET referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo —físico o intelectual— que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada»<sup>31</sup>.

El artículo 115 de la LGSS también asimila al accidente de trabajo «las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente» [apartado 2.f)], así como «las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación» [apartado 2.g)]<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Véase V.D. REMIGIA PELLICER, *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 19 ss.

<sup>30</sup> STSud de 7 octubre 2003 (Ar. 7724), y las que cita. Véase J. CRUZ VILLALÓN, «El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional», en B. GONZALO GONZÁLEZ y M. NOGUEIRA GUASTAVINO (Directores y Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, cit., págs. 271 ss.

<sup>31</sup> Cfr. STSud (Sala General) de 20 diciembre 2005 (Ar. 534 de 2006).

<sup>32</sup> Según la disposición adicional 1ª.2 de la propia LGSS, respecto de los emigrantes en operaciones migratorias controladas por la Administración, también tienen la consideración de accidentes de trabajo «las enfermedades que tengan su causa directa en el viaje de ida o de regreso» (párrafo 2º).

Fuera de su artículo 115, la LGSS afirma (con el carácter de presunción *iuris et de iure*) que «se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido» (artículo 172.2, párrafo 1º)<sup>33</sup>.

Por supuesto, también pueden encajar entre las enfermedades del trabajo las de carácter psicológico. Es el caso del trabajador de baja por acoso moral en el lugar de trabajo (o «*mobbing*»)<sup>34</sup>, afirmando la jurisprudencia laboral —en supuestos mucho menos extremos— que «aun cuando no es normal ni habitual que una depresión se etiquete como accidente de trabajo, lo que determina que por tal motivo no se acuda a la Mutua patronal, sino que se soliciten los servicios sanitarios de la Seguridad Social y que el médico [la] clasifique... como... enfermedad común, es lo cierto que ningún impedimento existe para determinar que una situación depresiva tenga su origen en una situación laboral específica», existiendo incapacidad temporal derivada de verdadero accidente de trabajo (supuesta la falta de «una patología depresiva ya preexistente»), si «la mala relación del actor con su inmediato superior jerárquico es el único elemento que aparece como desencadenante del proceso depresivo»<sup>35</sup>.

§4. Recogiendo asimismo una larga tradición jurisprudencial —pero que ahora se remonta al año 1908<sup>36</sup>—, el propio artículo 115 de la LGSS afirma que también «tendrán la consideración de accidentes de trabajo», entre otros, «los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo» [apartado 2.a)], que son los que la jurisprudencia laboral denomina —desde el año 1954<sup>37</sup>— accidentes de trabajo *in itinere*<sup>38</sup>. Según la jurisprudencia relativa a infartos de miocardio o sucesos análogos ocurridos en el trayecto en cuestión, estos episodios no se benefician de

<sup>33</sup> Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «si no se da el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente; en caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba, cualquiera que sea el tiempo transcurrido». Sobre esto, véase *infra*, Tema 8, §3.

<sup>34</sup> Al respecto, véase la jurisprudencia laboral citada en J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Dignidad del trabajador y acoso moral», en el vol. *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 99-101.

<sup>35</sup> En este sentido, STSJ Cataluña de 15 mayo 2003 (Ar. 2497). A propósito del «síndrome de desgaste personal» o «síndrome del quemado» («*burn-out*»), con análisis de jurisprudencia laboral, véase M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los Tribunales*, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España (Madrid, 2004), págs. 107-109.

<sup>36</sup> Como afirma X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., pág. 167, «fue una STS de 1 julio 1908 —luego reiterada por otras muchas posteriores—, en un caso de condena al pago de indemnización a la viuda de un trabajador que había sido contratado para prestar servicios en un barco y que había fallecido en el abordaje del que lo trasladaba, por cuenta de la empresa demandada, al puerto en donde estaba anclado aquél, la primera que declaró la existencia de este peculiar tipo de accidentes de trabajo, aunque la terminología *in itinere* se precisase más tarde».

<sup>37</sup> Cfr. STS de 11 julio de dicho año (Ar. 1840).

<sup>38</sup> La propia LGSS reputa accidentes de trabajo, en relación con los trabajadores que desempeñan cargos electivos de carácter sindical, «los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos» [artículo 115.2.c)]; y en relación con los emigrantes, «los accidentes que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso... en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención» (disposición adicional 1ª.2, párrafo 1º). Sobre el tema, véase F. CAVAS MARTÍNEZ, *El accidente de trabajo in itinere*, Tecnos (Madrid, 1994), págs. 9 ss.

la presunción de laboralidad del accidente, puesto que no ocurren —como prevé el citado artículo 115.3 de la LGSS— ni durante el tiempo ni en el lugar de trabajo<sup>39</sup>. Supuesto que el trayecto elegido por el trabajador fuese habitual y razonable<sup>40</sup>, la jurisprudencia laboral considera, en cambio, verdaderos accidentes de trabajo *in itinere* —contra el parecer de las mutuas aseguradoras de los empresarios, pero también con un claro sentido *pro beneficiario*— los accidentes de tráfico debidos incluso a imprudencia antirreglamentaria del trabajador accidentado, «como el sufrido al saltarse una señal de stop», el «adelantamiento antirreglamentario», «conducir sin carné», «conducir con exceso de velocidad» o «no respetar una señal de ceda el paso», pues en este tipo de casos la ruptura del nexo causal exige la prueba de que concurrían «elementos adicionales de asunción consciente del riesgo temerario (exceso de velocidad desconsiderado, conducción en circunstancias especialmente peligrosas, etc.), que evidencien el “desprecio a la propia vida” del trabajador»<sup>41</sup>.

Aplicando analógicamente jurisprudencia laboral unificada, relativa a trabajadores ebrios accidentados en el tiempo y en el lugar de trabajo<sup>42</sup>, la jurisprudencia laboral afirma —siempre respecto de los accidentes de tráfico— que «no puede establecerse con carácter general un determinado grado de alcoholemia como umbral objetivo que implique necesariamente imprudencia temeraria del trabajador, debiendo estudiarse caso por caso», al efecto de concluir si «el grado de afectación etílica del trabajador implica... ruptura incuestionable del nexo causal»<sup>43</sup>.

Subespecie privilegiada del accidente de trabajo *in itinere* es el que la jurisprudencia denomina accidente de trabajo «en misión»<sup>44</sup>, ocurrido mientras el trabajador permanece

<sup>39</sup> Al respecto, STSud de 30 mayo 2003 (Ar. 5326), a propósito de muerte por «infarto de miocardio que sufrió el trabajador, y como consecuencia de él se salió de la calzada el vehículo que conducía originándose un accidente de tráfico». Véase S. DE SOTO RIOJA, «Las enfermedades del trabajo y su manifestación “in itinere”», *Revista de Derecho Social*, núm. 6 (1999), págs. 143 ss.

<sup>40</sup> Al respecto, véanse SsTSud de 20 junio 2002 (Ar. 7490) y (Sala General) de 20 febrero 2006 (Ar. 739). Con razón jurídica, una STSJ Comunidad Valenciana de 11 febrero 2003 (Ar. 2909) no consideró como accidente de trabajo *in itinere* el accidente de tráfico padecido por cierto trabajador, pues el fallecido «montaba en una bicicleta y vestido con ropa deportiva, vehículo que no es el más adecuado para circular por una carretera nacional de considerable tráfico y a la que se llegaba dando un rodeo y alejándose de la vía más corta de comunicación casa-trabajo, trabajo-casa», lo que sólo se explica «por la motivación y afán personal de practicar el deporte del ciclismo...», motivación que interfiere el necesario nexo causal entre el trabajo y el accidente sufrido».

<sup>41</sup> Acerca de todo esto, véase STSJ Cataluña de 23 septiembre 2003 (Ar. 3457), y las que cita. Además, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, «Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo», en B. GONZALO GONZÁLEZ y M. NOGUEIRA GUASTAVINO (Directores y Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, cit., págs. 361 ss.

<sup>42</sup> Cfr. STSud de 31 marzo 1999 (Ar. 3780).

<sup>43</sup> Acerca de todo esto, véase STSJ Castilla-La Mancha de 19 febrero 2003 (Ar. 2166), concluyendo que en el caso que enjuiciaba se había roto el nexo causal, al conducir el trabajador fallecido «con una concentración de alcohol de 2,73 g/l». Además, STSJ Castilla-La Mancha de 2 febrero 2006 (Ar. 634).

<sup>44</sup> En cuanto a otras subespecies posibles, téngase en cuenta que «se consideran accidentes de trabajo los acaecidos en actos sociales con alguna conexión con el trabajo, como el sufrido al ir o al volver de almuerzos o cenas de trabajo» (STSJ País Vasco de 23 junio 2003 [Ar. 2490]).

desplazado por orden de la empresa fuera de su lugar habitual de trabajo y, en consecuencia, sin poder reintegrarse a su domicilio habitual mientras no concluya tal desplazamiento. En relación con él, la jurisprudencia laboral unificada afirma que el trabajador desplazado «permanece bajo la dependencia de la Empresa» el tiempo comprendido «desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él cuando concluye las tareas que tiene encomendadas», sosteniendo que debe reputarse verdadero accidente de trabajo el infarto de miocardio padecido por el trabajador desplazado en un hotel mientras pernoctaba, pues en este tipo de casos la ruptura del nexo causal «no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone [libremente])»<sup>45</sup>.

En materia de prevención de riesgos laborales —con abstracción del carácter propio o *in itinere* del accidente de trabajo—, la LISOS<sup>46</sup> considera infracción administrativa «leve» del empresario, sancionable con multa de como máximo 2.045 euros, «no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos... cuando tengan la calificación de leves» (artículo 11.2); e infracción administrativa «grave», sancionable con multa de como máximo 40.985 euros, «no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos... cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales» (artículo 12.3).

Desde 1 enero 2004, el empresario debe notificar (a la autoridad laboral, mutua aseguradora, etc.), en plazo de 5 días, el «parte de accidente de trabajo» (con baja en el trabajo de al menos un día, excluido el del accidente, ya se trate de accidente de trabajo propiamente dicho o de accidente de trabajo *in itinere*, y con especificación en este último caso de si se trataba o no de un accidente de tráfico), así como la «relación [mensual] de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica», siempre «por vía electrónica..., a través del Sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo (Delt@), accesible desde la dirección electrónica <https://www.delta.mtas.es>»<sup>47</sup>.

La Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, sólo prevé que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deba «informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, y sobre aquellos otros en que, por sus características o por los sujetos afectados, se considere necesario dicho informe» [artículo 9.1.d)]. La innecesariedad de este informe, en relación con los meramente «leves», explica la posible existencia, siempre en relación con ellos, de partes fraudulentos de tales accidentes de trabajo con baja en el trabajo<sup>48</sup>.

**§5.** En fin, en cuanto a las enfermedades profesionales, el artículo 116 de la LGSS se limita a indicar que son única y exclusivamente las especificadas en el «cuadro» o lista que reglamentariamente se

<sup>45</sup> Acerca de todo esto, véase STSud de 24 septiembre 2001 (Ar. 595 de 2002). Con restricciones, cuando el trabajo a realizar es precisamente el propio de un transportista, véase STSud (Sala General) de 6 marzo 2007 (Ar. 1867).

<sup>46</sup> En congruencia con lo que dispone el artículo 23.3 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 3.1 de la Orden TAS/2926/2002, de 19 noviembre. Además, resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 noviembre 2002 (BOE de 19 diciembre 2002).

<sup>48</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 238-239.

determine, afirmando al respecto que «se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional» (párrafo 1º)<sup>49</sup>. El reglamento a que remite este precepto fue aprobado por Real Decreto 1299/2006, de 10 noviembre, cuyo anexo 1 contiene la vigente lista o «cuadro de enfermedades profesionales»<sup>50</sup>. Este cuadro se completa con otro, contenido en el anexo 2 del propio Real Decreto, relativo a la «lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podrá contemplarse en el futuro»<sup>51</sup>.

Estos dos anexos han sido elaborados teniendo a la vista la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 septiembre 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales.

En el «cuadro» del anexo 1, las enfermedades profesionales aparecen clasificadas en seis «grupos». En cada uno de éstos, a su vez, se detalla el agente, subagente, actividad, código y, por último, las «enfermedades profesionales con la relación de las principales actividades capaces de producirlas». Así, por ejemplo, en el grupo 4 («enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados»), agente A («polvo de sílice libre»), aparece incluida la «silicosis», detallándose en relación con ella hasta 14 tipos distintos de «trabajos expuestos» (desde los «trabajos en minas, túneles, canteras, galerías, obras públicas», hasta «fabricación de pinturas, plásticos y gomas»)<sup>52</sup>.

El propio Real Decreto 1299/2006 regula asimismo el procedimiento de elaboración y tramitación de los partes de enfermedad profesional, sobre la base de que «la entidad gestora o colaboradora que asuma la protección de las contingencias profesionales elaborará y tramitará el parte de enfermedad profesional correspondiente», y de que «la empresa deberá facilitar a la entidad gestora o colaboradora la información que obre en su poder y que sea requerida para la elaboración del parte indicado»<sup>53</sup>.

Como regla general, la LGSS parifica el régimen jurídico de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, sobre todo a efectos prestacionales. Ello se debe a que comparten un mismo común denominador, que es la responsabilidad objetiva del empresario (esto es, aunque no hubiese mediado su culpa o negligencia), frente a los trabajadores, por el acaecimiento de ambos tipos de riesgos profesionales.

<sup>49</sup> Véase S. MORENO CÁLIZ, *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Madrid, 2002), págs. 37 ss.

<sup>50</sup> Sobre «la nueva lista de enfermedades profesionales», véase J. LÓPEZ GANDÍA y J. AGUDO DÍAZ, *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, 3ª ed., Bomarzo (Albacete, 2007), págs. 29 ss.

<sup>51</sup> Al respecto de esta otra «lista», véase el párrafo 2º del propio artículo 116 de la LGSS.

<sup>52</sup> Acerca de esta enfermedad profesional, véase *infra*, Tema 9, §2.

<sup>53</sup> Cfr. artículo 4.

En relación con su aseguramiento obligatorio, esta peculiar y tradicional responsabilidad objetiva empresarial explica que no pueda haber aquí cuotas obreras, lo que confirma la LGSS, al indicar que «por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios» (artículo 103.3).

Aunque la responsabilidad del empresario sea objetiva, su culpa o negligencia en el suceso determina que pueda exigírsele la indemnización de daños y perjuicios adicionales, tanto por causa de accidentes de trabajo como de enfermedades profesionales; tema éste que en la actualidad se litiga con relativa frecuencia, necesariamente ante los tribunales laborales<sup>54</sup>. En estos mismos casos de responsabilidad culposa del empresario, también cabe la imposición del «recargo de prestaciones de Seguridad Social» regulado por el artículo 123 de la LGSS, según el cual «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en *accidente de trabajo o enfermedad profesional* se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, 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, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador» (apartado 1)<sup>55</sup>.

A pesar de la competencia del INSS para «determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas»<sup>56</sup>, y de la competencia de la TGSS para recaudar «el importe de los recargos sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, declarados procedentes por resolución administrativa»<sup>57</sup>, lo cierto es que estos «recargos» carecen de la naturaleza propia de las verdaderas prestaciones de Seguridad Social. De ahí, respecto de ellos, que no jueguen ni el principio de automaticidad de las prestaciones<sup>58</sup> ni el principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de la Seguridad Social<sup>59</sup>, lo que lógicamente deja desprotegido al beneficiario en los casos de insolvencia o desaparición del empresario responsable.

<sup>54</sup> En relación con la «enfermedad profesional de hidrargirismo o intoxicación con mercurio», véase STSud de 23 abril 2002 (Ar. 7852). Sobre el tema, véase J.R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley (Madrid, 2001), págs. 27 ss.

<sup>55</sup> Sobre el tema, véanse J.L. MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 15 ss; M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares (Granada, 2000), págs. 3 ss.; y A.V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 17 ss.

<sup>56</sup> Artículo 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 julio. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 234.

<sup>57</sup> Artículo 1.1.g) del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 junio. Cfr., además, artículo 75 de la propia norma, en cuyo apartado 2 se afirma que «a estos efectos, la Tesorería General de la Seguridad Social, en el supuesto de que los recargos recaigan sobre pensiones, determinará el importe del capital coste de aquéllos, procediendo a su recaudación junto a los intereses de capitalización que procedan hasta la fecha de su ingreso» (inciso 1º).

<sup>58</sup> Cfr. artículo 126.3, párrafo 2º, inciso 2º *in fine*, de la LGSS. Acerca del principio en cuestión, *infra*, Tema 15, §3.

<sup>59</sup> Al respecto, con cita de reiterada jurisprudencia laboral sobre el tema, véase M.A. PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, cit., págs. 192-193. Acerca del principio en cuestión, *infra*, Tema 15, §4.



La prohibición de aseguramiento del recargo —que en España se remonta a la Ley de accidentes de trabajo de 10 enero 1922—, ahora contenida en el apartado 2 del artículo 123 de la LGSS, no tiene en modo alguno carácter universal, pues la legislación francesa de Seguridad Social autoriza expresamente, por ejemplo, dicho aseguramiento facultativo desde 1987<sup>60</sup>.

A pesar de esta parificación, el riesgo de enfermedad profesional le resulta al empresario mucho más gravoso siempre que el de accidente de trabajo, por causa de que la LGSS le impone en relación con él diversas obligaciones especiales, inexistentes en los accidentes de trabajo, que cabe reconducir a las cinco siguientes: 1) tener que cotizar proporcionalmente más, pues «se podrán establecer, para las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, primas adicionales a la cotización de accidentes de trabajo, en relación a la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados» (artículo 108.2); 2) practicar reconocimientos médicos iniciales y periódicos a los trabajadores, pues «todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan» (artículo 196.1)<sup>61</sup>; 3) continuar cotizando durante los «períodos de observación por enfermedad profesional», siempre y cuando «se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad» [artículo 128.1.b)]; 4) eventualmente, proceder a efectuar el «traslado de puesto de trabajo» (artículo 133.2), pues «en los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa»; y 5) si no existiese el puesto de trabajo en cuestión, subsidiar al trabajador durante un máximo de doce meses, tras «su baja en la empresa» (artículo 133.2), pues «cuando no fuera posible el traslado, a juicio de la empresa, previa conformidad de la Inspección de Trabajo, será el trabajador dado de baja

---

<sup>60</sup> Al respecto, véase artículo L. 452-4 del *Code de la Sécurité Sociale*.

<sup>61</sup> Sobre el tema, véase asimismo el artículo 22 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales.

en aquélla e inscrito con derecho preferente para ser empleado en la Oficina de Colocación y percibirá mientras no sea ocupado, con cargo a la empresa, un subsidio equivalente al salario íntegro durante un período de doce meses», cesando «la indicada prestación económica... antes... si la Oficina de Colocación ofrece al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional».

Los temas citados del «traslado de puesto de trabajo» y de las consecuencias de la «baja en la empresa» aparecen regulados en los artículos 45.1 y 48.1 de una vieja Orden Ministerial de 9 mayo 1962 —de desarrollo del Decreto 792/1961, de 13 abril, sobre el seguro de enfermedades profesionales—, todavía vigente, aunque haya padecido enmiendas múltiples desde su promulgación (especialmente, en relación con la protección de trabajadores silicóticos).

Según el propio artículo 48.1 de esta norma, una vez transcurrido el citado plazo subsidiado de doce meses, «si subsistiera el desempleo, [el trabajador cesante] percibirá con cargo al Fondo Compensador [hoy INSS] el indicado subsidio durante seis [meses] más».

En cuanto a la imperatividad de los reconocimientos médicos asimismo citados, téngase en cuenta que la LGSS afirma que «el 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 enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora» (artículo 197.2)<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Sin necesidad de que el riesgo se actualice en siniestro, la LISOS considera infracción administrativa «grave» del empresario, en materia de prevención de riesgos laborales, «no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados» (artículo 12.2). Véase J. CRUZ VILLALÓN y C. JOVER RAMÍREZ, «La responsabilidad de Seguridad Social en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Temas Laborales*, núm. 50 (1999), págs. 245 ss.

---

**TEMA 5**

**LOS SUBSIDIOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL,  
MATERNIDAD Y PATERNIDAD, Y RIESGO DURANTE  
EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA  
NATURAL EN EL RÉGIMEN GENERAL**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El subsidio de incapacidad temporal. §3. Los controles sanitarios oficiales de la contingencia de incapacidad temporal. §4. Los subsidios de maternidad y paternidad. §5. Los subsidios de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

§1. Las contingencias de incapacidad temporal, maternidad y paternidad, y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural presentan una unidad temática clara, al menos por lo que respecta a sus variantes principales o más típicas, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque presuponen una situación de suspensión del contrato de trabajo por imposibilidad o grave dificultad física o psíquica temporal de cumplimiento del contrato por parte del trabajador (y por consiguiente, la interrupción temporal de la obligación del empresario de pagarle al trabajador su salario)<sup>1</sup>. En segundo lugar, porque la prestación legalmente prevista para hacer frente a cada una de estas cinco contingencias es siempre una percepción económica periódica de carácter temporal —compensatoria, en principio, del salario que temporalmente el trabajador ha dejado de cobrar—, y que en los cinco casos se conoce legalmente con el nombre de «subsidio». En tercer lugar, porque se trata —como regla, a la que hace brillar una excepción, que se verá— de cinco contingencias «contributivas» (dos obedientes a riesgos profesionales, otras dos obedientes

---

<sup>1</sup> Véase, con carácter general, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 301 ss. Poniendo de relieve eventuales conexiones y disfunciones entre ambas parcelas de nuestra hectárea de conocimiento, a propósito siempre de este tema, véase R.P. RON LATAS, «La incidencia de la baja por maternidad en el derecho a vacaciones. Comentario a una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 marzo 2004», *Anuario da Facutade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 8 (2004), págs. 1095 ss.

a riesgos comunes, y la incapacidad temporal pudiendo obedecer tanto a una como a otra clase de riesgos), lo que explica que en algunos casos (que son precisamente los de más frecuente ocurrencia), para poder disfrutar el subsidio en cuestión, puedan llegar a exigírsele al trabajador determinados períodos previos de cotización, dado que esta concreta prestación económica se financia —como la generalidad de prestaciones contributivas de Seguridad Social— principalmente con cargo a los ingresos provenientes de las cotizaciones sociales. Todo esto explica que las cinco contingencias aparezcan correlativamente reguladas en cinco capítulos sucesivos del Título II de la LGSS, que son su capítulo IV («Incapacidad temporal»), su capítulo IV.bis («Maternidad»), su capítulo IV.ter («Paternidad»), su capítulo IV.quater («Riesgo durante el embarazo») y su capítulo IV.quinques («Riesgo durante la lactancia natural»). La regulación efectuada por los veinte preceptos que conforman estos cinco capítulos, y especialmente por los siete preceptos (artículos 128, 129, 130, 131, 131.bis, 132 y 133) relativos a la contingencia de «incapacidad temporal» —de algún modo contingencia madre de las otras cuatro<sup>2</sup>—, resultaría ininteligible si se hace abstracción de sus reglamentos de desarrollo —algunos promulgados incluso durante la vigencia de nuestra primera Ley general de Seguridad Social de 1966—, debiendo tenerse en cuenta para interpretarlos la admonición general de que «las referencias que en la legislación vigente se efectúan a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entenderán realizadas [a partir de 1 enero 1995] a la situación de incapacidad temporal».

La LGSS —reiterando lo dispuesto por las Leyes generales de Seguridad Social de 1966 y 1974— regulaba y definía las contingencias de «incapacidad laboral transitoria» y de «invalidez provisional», afirmando que la primera tendría, con carácter general, «una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis»<sup>3</sup>, mientras que la segunda comenzaba «al día siguiente de aquel en que concluya la incapacidad laboral transitoria por el transcurso del plazo máximo de duración de la misma y se extinguirá... por el transcurso, en todo caso, de un período de seis años contados desde la fecha en que fue declarada la incapacidad laboral transitoria»<sup>4</sup>. Pero la Ley 42/1994, de 30 diciembre, «de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para 1995, refundió ambas contingencias en la nueva de «incapacidad temporal», efectuando (en su disposición final 3ª) la admonición interpretativa general que acaba de mencionarse<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Véase J. MUÑOZ MOLINA, *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2005), págs. 23 ss.

<sup>3</sup> Artículo 128.1.a).

<sup>4</sup> Artículo 135.1.d).

<sup>5</sup> Sobre el tema, véase J.I. GARCÍA NINET, «La incapacidad temporal», en A. OJEDA AVILES (Coordinador), *La incapacidad temporal*, Tecnos (Madrid, 1996), págs. 14-15.

Los reglamentos de desarrollo aludidos son muchos y forman un conjunto normativo no sólo caóticamente disperso, sino también incesantemente sujeto a modificaciones —deberían merecer, en consecuencia, algún tipo de refundición y puesta al día—, resultando cruciales respecto de la contingencia de incapacidad temporal el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, aprobando el reglamento general de prestaciones económicas; la Orden Ministerial de 13 octubre 1967, reguladora de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria; y el Decreto 1646/1972, de 23 junio, de desarrollo de la Ley 24/1972, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Reglamento clave —promulgado durante la vigencia de la LGSS, aunque con precedentes en la legislación general anterior— es, además, el Real Decreto 575/1997, de 18 abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal<sup>6</sup>.

**§2.** La incapacidad temporal es la contingencia o situación protegida que se inicia cuando le es expedido al trabajador<sup>7</sup> «parte médico de baja» por facultativo competente, ya se trate de un médico del correspondiente Servicio Público de Salud, ya de un médico de la correspondiente Mutua aseguradora de los riesgos profesionales del empresario<sup>8</sup>. Este documento público tiene que expedirlo el facultativo en cuestión, en las diversas situaciones mencionadas por el artículo 128 de la LGSS —que es el precepto relativo al «concepto» de la incapacidad temporal—, y entre ellas, «las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo» [apartado 1.a), párrafo primero]<sup>9</sup>. Una vez expedido dicho parte, el trabajador debe hacerle llegar (por sí o por otros) una copia del mismo al empresario, en «el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición»<sup>10</sup>, teniendo en cuenta que este parte médico de baja es «el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración... del derecho al subsidio»<sup>11</sup>.

Lógicamente, «todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico»<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Ha sido desarrollado por Orden Ministerial de 19 junio 1997.

<sup>7</sup> Aunque se trate de un «trabajador contratado para la formación» (cfr. disposición adicional 6ª de la LGSS).

<sup>8</sup> Véanse artículos 1.1 y 1.6 del Real Decreto 575/1997.

<sup>9</sup> El apartado b) de este mismo precepto también menciona «los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad».

<sup>10</sup> Cfr. artículo 2.2 del Real Decreto 575/1997.

<sup>11</sup> Así lo ordena, tajantemente, el artículo 1.1 del Real Decreto 575/1997.

<sup>12</sup> Cfr. artículo 1.2 del Real Decreto 575/1997.

En caso de accidente de trabajo —además de cursar el correspondiente «parte por accidente de trabajo»<sup>13</sup>—, la empresa extenderá un «parte de asistencia sanitaria por accidente de trabajo»... para su presentación [por el trabajador] al facultativo o Centro sanitario que haya de prestarle la asistencia»<sup>14</sup>, aunque «si por la urgencia del caso no pudiera cumplimentarse dicho parte por la Empresa, ésta lo hará llegar posteriormente con carácter inmediato... a poder del facultativo o Centro que hayan atendido al accidentado»<sup>15</sup>.

Téngase en cuenta que las reglas generales relativas a la competencia del INSS para la gestión de todas las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social (incluida la de incapacidad temporal)<sup>16</sup>, y a la competencia de los Servicios Públicos de Salud para la gestión de todas las prestaciones de asistencia sanitaria<sup>17</sup>, resultan matizadas por el hecho de que las Mutuas patronales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social colaboran en la «gestión de [prestaciones económicas y sanitarias por] contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»<sup>18</sup>, y en la «gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes»<sup>19</sup>; y también, por la posibilidad de que ciertas empresas puedan asumir «la colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral»<sup>20</sup>.

Existe jurisprudencia laboral relativa a que la falta de entrega por el trabajador de copia del parte de baja al empresario no revela por sí misma la existencia de ninguna voluntad dimisionaria tácita del propio trabajador<sup>21</sup>.

Además, siempre según la jurisprudencia laboral, «la no presentación del parte de baja sólo puede acarrear... [el despido por inasistencia injustificada al trabajo] cuando la empleadora *no tiene conocimiento* de la justificación de las ausencias del trabajador y, en este concreto supuesto, sí tuvo conocimiento —antes incluso de la hora fijada para incorporarse a su actividad laboral— de la situación de incapacidad temporal en que se encontraba», pues «su padre llamó por teléfono... comunicando la imposibilidad de que su hijo fuese a trabajar por estar enfermo»<sup>22</sup>.

En su variante más típica, este subsidio por incapacidad temporal es la prestación económica periódica que el trabajador percibe como compensación del salario que temporalmente no cobra, dada la situación de suspensión por imposibilidad física de cumplimiento en que se encuentra su contrato de trabajo<sup>23</sup>. En relación con él, el artículo 129 de la LGSS

<sup>13</sup> Sobre él, véase *supra*, Tema 4, §4.

<sup>14</sup> Artículo 20.2, párrafo 1º, de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

<sup>15</sup> Artículo 20.2, párrafo 2º, de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

<sup>16</sup> Artículo 57.1.a) de la LGSS.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 18 de la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad.

<sup>18</sup> Artículo 68.2.a) de la LGSS.

<sup>19</sup> Artículo 68.2.c) de la LGSS; también, artículo 68.3 y disposición adicional 11ª de la LGSS. Ahora bien, confirmando —en caso de conflicto o contradicción con la entidad gestora— que prevalecen las competencias de esta última, véase *STSud* de 8 febrero 2007 (Ar. 2191), y las que cita.

<sup>20</sup> Artículo 77.1.b) de la LGSS.

<sup>21</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 323, nota 42.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 191.

<sup>23</sup> Esto explica que se afirme por la LGSS que «el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido», entre otros supuestos, «cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena» [artículo 132.1.b)].

(rotulado «prestación económica») remite prácticamente en bloque a sus reglamentos de desarrollo. Y de acuerdo con estas normas reglamentarias, la determinación de la cuantía del subsidio en cuestión exige realizar los dos cálculos sucesivos siguientes: 1) ante todo, hallar la base reguladora del subsidio —que es siempre una base diaria<sup>24</sup>—, tomando como referentes la base de cotización por el riesgo causante de que se trate (profesional o común) correspondiente al mes anterior y el número de días por ella cotizados, aunque teniendo en cuenta que «cuando el trabajador perciba remuneración mensual y haya permanecido en alta en la Empresa todo el mes natural [anterior al de la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal]... la base de cotización correspondiente se dividirá por treinta»<sup>25</sup>; y 2) a continuación, para poder obtener la cuantía diaria del subsidio, aplicar a esa base reguladora un porcentaje, variable en función de la naturaleza del riesgo causante de la situación de incapacidad temporal, dado que: a) si se tratase de un riesgo profesional (esto es, accidente de trabajo o enfermedad profesional), a la base reguladora se le aplicará siempre el 75 por 100, desde el día siguiente al de la baja<sup>26</sup>, «estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja»<sup>27</sup>; y b) si se tratase de un riesgo común (esto es, enfermedad común o accidente no laboral), a la base reguladora se le aplicará el 60 por 100 desde el día 4º al 20º de baja —los tres primeros días, al constituir un período de espera, nunca se subsidian<sup>28</sup>—, y el 75 por 100, desde el día 21º en adelante<sup>29</sup>.

El reglamento regulador de este asunto habla de base de cotización «correspondiente» al riesgo de que derive la incapacidad temporal<sup>30</sup>, por causa de que no necesariamente coinciden las bases de cotización por riesgos comunes y por riesgos profesionales (visto, por ejemplo, que «no se computarán en la base de cotización... las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales») <sup>31</sup>. Por ello mismo, a efectos de cálculo de la base reguladora, dicha norma matiza que si la baja fuese

<sup>24</sup> Véase F.J. GASCÓ VIDAL, «La base reguladora de la prestación por incapacidad temporal», en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, cit., págs. 305 ss.

<sup>25</sup> Artículo 13.2 del Decreto 1646/1972.

<sup>26</sup> Artículo 2.1, párrafo 1º, del Decreto 3158/1966.

<sup>27</sup> Artículo 131.1, párrafo 1º, de la LGSS.

<sup>28</sup> Todo esto, en el artículo único del Real Decreto 53/1980, de 11 enero, de modificación del artículo 2 del Decreto 3158/1966. Al respecto, véase J.L. TORTUERO PLAZA y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre (Madrid, 1996), págs. 34-35.

<sup>29</sup> Artículo 2.1, párrafo 1º, del Decreto 3158/1966.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 13.1 del Decreto 1646/1972. Sobre el tema, véase F. DE VICENTE PACHÉS, «La cotización durante la situación de incapacidad temporal», en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, cit., págs. 487 ss.

<sup>31</sup> Artículo 109.2.g) de la LGSS.

consecuencia de riesgos profesionales, habrá que incluir en la base de cotización —respecto de las horas extraordinarias— «el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad»<sup>32</sup>.

Esto despejado, también hay que tener en cuenta, si la baja ocurre precisamente en el mismo mes en que el trabajador había ingresado en la empresa, que entonces la base de cotización se dividirá no por treinta, sino por el número de días realmente cotizados<sup>33</sup>; en el caso de trabajadores a tiempo parcial, que «la base reguladora diaria de la prestación 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»<sup>34</sup>; y en el caso de trabajadores pluriempleados, que «para la determinación de la base reguladora... se computarán todas sus bases de cotización en las distintas Empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización»<sup>35</sup>.

En principio, la cuantía del subsidio queda congelada mientras dure la situación de incapacidad temporal —salvo en los supuestos de «recaída», a ver luego<sup>36</sup>—, aunque si la base de cotización inicialmente utilizada para hallar la base reguladora acabase siendo inferior a la base de cotización mínima correspondiente a la categoría profesional del temporalmente incapacitado, entonces debería procederse a recalcular dicha cuantía. Así lo establece, mediante una cláusula estereotipada, la correspondiente Orden Ministerial anual, general sobre cotización, cuando procede a regular la «cotización durante las situaciones de incapacidad temporal». En efecto, en esta cláusula —extrayendo consecuencias de la regla relativa a que «en ningún caso la base de cotización por contingencias comunes... podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento correspondiente a la categoría profesional del trabajador»—, se dispone que «el subsidio por incapacidad temporal... se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización».

Por tratarse de un subsidio contributivo, resulta lógico que la LGSS también se refiera específicamente al tema de la cotización previa, en cuanto que requisito condicionante del acceso al cobro del mismo<sup>37</sup>. Se trata de un tema regulado en su artículo 130, que lleva por rótulo «beneficiarios». De acuerdo con él, se les exige a los trabajadores, «en caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante» [apartado a)] —de manera que sin dichos seis meses

<sup>32</sup> Artículo 13.4, párrafo 1º, del Decreto 1646/1972.

<sup>33</sup> Artículo 13.3 del Decreto 1646/1972.

<sup>34</sup> Artículo 4.1.a), párrafo 1º, del Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, regulando la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. De acuerdo con el artículo 4.1.b), párrafo 2º, de esta misma norma, «de ser menor la antigüedad del trabajador 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».

<sup>35</sup> Artículo 7.1 de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967. En fin, para el caso del cálculo de la base reguladora de los fijos-discontinuos, véase STSJ Murcia de 17 marzo 2003 (Ar. 2623).

<sup>36</sup> En este mismo §2 *in fine*.

<sup>37</sup> Véase J.A. MARTÍNEZ LUCAS, «La cotización en las situaciones de incapacidad temporal y maternidad», en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, cit., págs. 310 ss.



de cotización, a contar hacia atrás desde el día de la baja, carecerían del derecho a cobrar la prestación—, mientras que, «en caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización» [apartado b)]. Sobre esta base, si la incapacidad temporal se derivase de riesgos comunes (esto es, enfermedad común o accidente no laboral), el propio artículo 130 le exige al beneficiario cumplir, además, la condición «general exigida en el número 1 del artículo 124» y, por tanto, estar afiliado y en alta o situación asimilada al alta. En cambio, si la incapacidad temporal se derivase de riesgos profesionales, le basta con estar trabajando (aun irregularmente, como ocurre en el caso de la llamada «economía sumergida»), pues respecto de la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional rige, como se verá, el principio de alta de pleno derecho<sup>38</sup>.

Esto último lo ha confirmado contundentemente la jurisprudencia laboral unificada, a propósito de cierto extranjero «sin papeles» —aparentemente ni siquiera afiliado a nuestro sistema de Seguridad Social— que había sufrido un accidente de trabajo, declarando «la responsabilidad directa de la empresa, la obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería»<sup>39</sup>.

La referencia legal a estar en situación asimilada a la de alta cobra pleno sentido, por ejemplo, respecto del desempleado total receptor de prestaciones por desempleo, visto que «la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta»<sup>40</sup>. Al respecto, la LGSS afirma que «cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal... percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo»<sup>41</sup>, aunque «el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal»<sup>42</sup>.

En cambio, siempre según la LGSS, «durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal» (artículo 131.3).

Supuesto que el trabajador tenga derecho a percibir la prestación, el pago del subsidio lo efectúa siempre materialmente el empresario, teniendo en cuenta que este abono —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 (a interpretar en conexión con el artículo 77) de

<sup>38</sup> Sobre este principio, que de todas formas presupone —para que el trabajador tenga garantizado cobrar la prestación— que su empresa se halle legalmente inscrita en la Seguridad Social, véase *infra*, Tema 15, §2 y §3.

<sup>39</sup> STSud de 9 junio 2003 (Ar. 3936).

<sup>40</sup> Artículo 125.1 de la LGSS.

<sup>41</sup> Artículo 222.3, párrafo 2º.

<sup>42</sup> Artículo 222.3, párrafo 4º.

la LGSS— puede revestir dos modalidades principales distintas. En efecto, en el caso del subsidio correspondiente a los días 4º a 15º de baja derivada de riesgos comunes —recuérdese que los tres primeros días no se subsidian, en la baja causada precisamente por este concreto tipo de riesgos—, se trata de un pago directo, a cargo exclusivo del empresario, en cuanto que responsable único de la prestación<sup>43</sup>, que el propio empresario debe efectuar «por períodos semanales»<sup>44</sup>. En cambio, en los demás casos —esto es, los de subsidio correspondiente a baja derivada de riesgos profesionales y, también, en los de subsidio correspondiente a baja derivada de riesgos comunes, pero desde el día 16º de baja y siguientes—, se trata sólo de un pago de legado (o por cuenta de la entidad gestora o de la Mutua aseguradora, únicas responsables del pago de las cantidades en cuestión), que el empresario debe efectuar en «los mismos períodos que los salarios»<sup>45</sup> (por tanto, abonando mensualmente el subsidio, si ésta es la periodicidad de pago del salario), y del que el propio empresario se resarcirá luego aplicando a dichas cantidades por él anticipadas el mecanismo de la compensación por cotizaciones adeudadas, pues «las Empresas se reintegrarán..., descontándolas del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de Seguridad Social que correspondan al mismo período de las prestaciones satisfechas»<sup>46</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, «el abono [por el empresario] de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal, no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectivo de modo... automático conforme al principio de oficialidad, una vez presentados los correspondientes parte de baja y de confirmación..., lo que significa que dicha presentación hace innecesaria solicitud expresa para el reconocimiento del derecho»<sup>47</sup>.

En los casos de pago directo del subsidio correspondiente a incapacidad temporal por enfermedad común —en los que, recuérdese, se exige un período previo de cotización—, «si

<sup>43</sup> Sobre la constitucionalidad de la «privatización» de esta prestación, operada en 1992, véase *supra*, Tema 1, §1. Sobre el impacto de esta misma «privatización», en relación con nuestras intolerables cifras actuales de siniestralidad laboral con baja en el trabajo, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 238-239.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 6.4, párrafo 2º, de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967, aunque este precepto se refiera literalmente, por razón de su fecha, sólo a «cuando el pago se efectúe directamente por la entidad gestora o, en su caso, Mutua Patronal». Sobre el eventual pago directo del subsidio, también a cargo de la empresa, pero en concepto de «colaboración voluntaria», véase *infra*, Tema 14, §3.

<sup>45</sup> Cfr. artículo 6.4, párrafo 3º, de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

<sup>46</sup> Cfr. artículo 20.1, párrafo 1º, de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966.

<sup>47</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 5 mayo 2003 (Ar. 2642), y las que cita (y también, *infra*, Tema 14, §3). En el caso del subsidio correspondiente a los días 4º a 15º de baja, si el empresario no procede al pago automático, entonces la entidad gestora «está obligada a adelantar el importe de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa incumplidora» (cfr. STSud de 2 julio 2003 [Ar. 6884], y las que cita; y también, *infra*, Tema 15, §3).

el trabajador no hubiera cubierto en la Empresa el período de cotización reglamentariamente exigido para tener derecho a esta prestación, podrá acreditarlo bajo su responsabilidad, mediante una declaración en la que haga constar el tiempo trabajado en otra Empresa o Empresas que complete el referido período»<sup>48</sup>.

Aunque —en el caso del subsidio correspondiente a riesgos comunes— el encadenamiento de supuestos teóricamente posibles resulte complejo (recuérdese, sobre la base de que los tres primeros días no se subsidian, que el empresario paga como responsable directo desde el día 4º al 15º, aplicando el 60 por 100 a la base reguladora; que el propio empresario paga luego por delegación desde los días 16º al 20º, aplicando asimismo el 60 por 100 a la base reguladora; en fin, que el propio empresario continúa pagando por delegación desde los días 21º en adelante, pero aplicando el 75 por 100 a la base reguladora), en la práctica, en cambio, frecuentemente todo esto se simplifica mucho —desde el punto de vista del trabajador—, supuesto que el convenio colectivo vigente en la empresa obligue al empresario, en concepto de mejora voluntaria de Seguridad Social, a abonar al trabajador el 100 por 100, incluso desde el primer día de la baja<sup>49</sup>.

Según el apartado 2 del propio artículo 131 de la LGSS, «el subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la presente Ley». De acuerdo con este último precepto, la incapacidad temporal tendrá «una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación»<sup>50</sup>, teniendo en cuenta que la causa más frecuente de extinción de esta contingencia (y por tanto, del subsidio) —entre las varias que menciona el artículo 131bis de la LGSS— ocurre precisamente «por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente»<sup>51</sup>. Ahora bien, el propio artículo 131.bis de la LGSS confirma

<sup>48</sup> Artículo 17.1.c), párrafo 1º, de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966. Luego, a partir del día 16º de la baja, los deberes de comprobación de este extremo gravitan sobre el INSS, pudiendo el empresario proceder a compensar las cantidades anticipadas por pago delegado del subsidio —aunque el trabajador en cuestión no reuniese las cotizaciones exigidas—, si el INSS nada objeta al respecto (cfr. *STSud* de 2 abril 2003 [Ar. 4048]).

<sup>49</sup> A propósito de una mejora voluntaria por convenio colectivo, en relación con los tres primeros días de baja por enfermedad común, véase STSJ Comunidad Valenciana de 3 mayo 2002 (Ar. 1130 de 2003). Más supuestos, *infra*, Tema 16, §4.

<sup>50</sup> Acerca de los controles conectados a esta prórroga ordinaria, véase *infra*, §3.

<sup>51</sup> Según el artículo 5 del Decreto 3158/1966, «en el supuesto de que el trabajador sea dado de alta sin invalidez, el pago del subsidio del día del alta correrá a cargo de [quien]... haya venido abonando el subsidio hasta ese día», teniendo en cuenta que «si el día de alta fuera víspera de festivo, o festivos, el trabajador tendrá derecho a percibir el subsidio por tales días no laborables, con cargo a las expresadas Entidades o Empresas». Respecto del conjunto de causas extintivas del subsidio, el artículo 131.bis de la LGSS afirma que «el derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo 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 Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento» (apartado 1, párrafo 1º). Sobre el tema, véase M.L. MEDIAVILLA CRUZ, «En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal», en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, cit., págs. 334 ss.

que cabe que estos dieciocho meses —durante los cuales el empresario, además de tener que pagar el subsidio (directamente o por delegación), soporta asimismo la carga de tener que seguir cotizando por el trabajador temporalmente incapacitado— se prolonguen extraordinariamente hasta tres meses más —con la finalidad de examinar «el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente»<sup>52</sup>— o, en su caso, hasta seis meses más —pero sólo «en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación»<sup>53</sup>—, aunque en estos dos supuestos distintos de prórroga extraordinaria (el segundo de los cuales provoca que la situación de incapacidad temporal pueda, en consecuencia, llegar a alcanzar la duración máxima de veinticuatro meses) este mismo precepto indica que en ellas ya «no subsistirá la obligación de cotizar»<sup>54</sup>, sin perjuicio de que el trabajador continúe percibiendo el subsidio (que le será directamente abonado por la entidad gestora o Mutua aseguradora correspondiente), pues —siempre según el artículo 131.bis— «los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán»<sup>55</sup>.

La duración de la situación de incapacidad laboral no se ve afectada por eventuales «recaídas», pues la LGSS afirma que «a efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal... se computarán los de recaída» (artículo 128.2)<sup>56</sup>. Por «recaída» se entiende la nueva baja médica, tras un período de actividad laboral inmediatamente subsiguiente a otra baja médica, siempre y cuando una y otra bajas obedezcan a la misma o similar dolencia y el período de actividad laboral entre ellas no exceda de seis meses; todo ello, porque «si el proceso de [incapacidad temporal]... se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad»<sup>57</sup>.

En estos casos de «recaída», aunque exista un único proceso de incapacidad temporal a efectos de su duración máxima, la jurisprudencia laboral unificada confirma —en lo tocante a la cuantía del subsidio a percibir, y como excepción a la regla general de congelación de la misma— que «es en el momento de la recaída en el que habrá que volver a

<sup>52</sup> Cfr. su apartado 2, párrafo primero.

<sup>53</sup> Apartado 2, párrafo segundo.

<sup>54</sup> Cfr. su apartado 2, párrafo tercero. Tampoco cotiza la entidad gestora (cfr. STSJ Andalucía [Málaga] de 20 febrero 2003 [Ar. 2032]).

<sup>55</sup> Así lo disponen los párrafos 1º y 2º del apartado 3 del precepto en cuestión. Al respecto de estos «períodos protegidos», véase STSJ País Vasco de 23 septiembre 2003 (Ar. 3544).

<sup>56</sup> El artículo 222.3, párrafo 1º, de la propia LGSS regula la «recaída», pero si padecida por desempleo total que estuviese percibiendo prestación por desempleo.

<sup>57</sup> Artículo 9.1, párrafo 2º, de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

calcular la base reguladora de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento»<sup>58</sup>.

La extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal no constituye causa de extinción del derecho al subsidio, aunque provoque la extinción de las obligaciones empresariales de tener que pagarlo y de tener que cotizar por el trabajador temporalmente incapacitado. En este caso —según la LGSS—, supuesto que la contingencia obedezca a riesgos comunes, el subsidiado «seguirá percibiendo la prestación en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación», pudiendo pasar luego a la situación legal de desempleo, si cumplierse —cuando se produjo la extinción del contrato— los requisitos legalmente exigidos, aunque teniendo en cuenta que «se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo», y además, que «la entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social..., asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido»<sup>59</sup>.

**§3.** La necesidad de atajar eventuales abusos y fraudes en el disfrute del subsidio contributivo de incapacidad temporal justifica la existencia de controles sanitarios oficiales de dicha contingencia —durante los dieciocho meses de duración ordinaria de la misma<sup>60</sup>—, que son fundamentalmente cuatro. En primer lugar, los sucesivos «partes de confirmación de baja»<sup>61</sup> (que eventualmente pueden llegar a ser más de setenta), a extenderse por facultativo competente «al cuarto día del inicio de la situación de incapacidad [si fue provocada por riesgos comunes, y a los siete días naturales siguientes, si fue provocada por riesgos profesionales] y, sucesivamente, mientras la misma se mantenga, *cada siete días* contados a partir del primer parte de confirmación»<sup>62</sup>, rigiendo aquí las mismas obligaciones reglamentariamente previstas (por ejemplo, para los trabajadores), «sobre entrega... de los partes de baja, así como los plazos a que se sujeta su cumplimiento»<sup>63</sup>. En segundo lugar, el «informe sobre control de la incapacidad», a emitirse por la inspección

<sup>58</sup> Al respecto, STSud de 6 julio 2006 (Ar. 8576). Sobre el tema, véase C. FERREIRO REGUEIRO, «El régimen de las recaídas en la incapacidad temporal», *Revista Galega de Dereito Social*, 1999-I, págs. 111 ss.

<sup>59</sup> Todo esto, en el artículo 222.1, párrafos primero y segundo. Para el caso de que la contingencia obedezca a riesgos profesionales, véase el párrafo tercero de la propia norma. Cfr. S. BARCELÓN COBEDO, *El tránsito entre prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 91 ss.

<sup>60</sup> Véase T. SALA FRANCO, *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), págs. 83 ss.

<sup>61</sup> En caso de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales, la legislación también los denomina partes «de continuación en la incapacidad» (cfr. artículo 20.1 de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967).

<sup>62</sup> Cfr. artículo 1.2, párrafo 2º, del Real Decreto 575/1997.

<sup>63</sup> Cfr. artículo 2.3, párrafo 1º, del Real Decreto 575/1997.

médica del Servicio Público de Salud «trimestralmente, a contar desde el inicio de la baja médica», y en el que dicha inspección «deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador»<sup>64</sup>. En tercer lugar, el informe sobre reconocimiento o no del derecho de prórroga ordinaria de seis meses, luego del transcurso de la duración ordinaria de la contingencia por doce meses, teniendo en cuenta que «el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica»<sup>65</sup>. En cuarto lugar, el parte de alta médica «con exclusivos efectos económicos», pues «el alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado»<sup>66</sup>. Por supuesto, al igual que ocurre con cualesquiera resoluciones extintivas del subsidio basadas en partes médicos de alta, las que traen causa de este peculiar parte médico —sin perjuicio de su ejecutividad— pueden ser impugnadas por el trabajador afectado, precisamente ante los tribunales laborales. Además, esta impugnación —en el caso de las altas conectadas al tercero de los controles citados— debe ir precedida de una peculiar reclamación administrativa del afectado (para «manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud»), prolijamente regulada en el artículo 128.1.a) de la LGSS.

Los reglamentos de desarrollo de la LGSS sólo mencionan expresamente, pero en relación con los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho al subsidio —no en los de extinción del mismo por alta o por cualquier otro tipo de causa—, la posibilidad de recurrir «ante la jurisdicción laboral conforme a lo establecido en el Texto refundido de

<sup>64</sup> Acerca de todo esto, véase artículo 1.5, inciso 1º, del Real Decreto 575/1997. Según el inciso 2º del propio precepto, «dicho informe será enviado a la Entidad Gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda».

<sup>65</sup> Artículo 128.1.a), párrafo segundo, de la LGSS.

<sup>66</sup> Cfr. artículo 1.4, párrafo 3º, del Real Decreto 575/1997. En el mismo sentido, artículo 131.bis.1, párrafo 3º, de la LGSS. Sobre la posibilidad de que los partes de este mismo tipo sean extendidos por facultativos de las Mutuas aseguradoras de los empresarios, véase artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 junio.

Procedimiento Laboral»<sup>67</sup>. Pero el derecho del beneficiario a impugnar ante los tribunales laborales la extinción del subsidio por alta médica viene siendo largamente confirmado por la jurisprudencia laboral unificada<sup>68</sup>.

Los deberes de las empresas en relación con la cumplimentación y comunicación de los sucesivos partes de confirmación de baja (y por supuesto, también de los de baja y de alta) se especifican en la Orden Ministerial de 19 junio 1997, de desarrollo del Real Decreto 565/1997<sup>69</sup>. Las copias de los partes en cuestión «habrán de transmitirse de la misma forma en que se presentan los documentos de afiliación y cotización en el sistema RED», si se tratase de «empresas incorporadas al sistema de Remisión Electrónica de Datos»<sup>70</sup>.

La LISOS considera infracción administrativa «leve», pero sólo en relación con el empresario, «no remitir a la entidad correspondiente las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja o alta de incapacidad temporal facilitadas por los trabajadores, o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización del sistema de presentación de tales copias, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos» (artículo 21.6).

**§4.** Tradicionalmente, nuestra legislación de Seguridad Social siempre consideró la «maternidad» de la trabajadora como una situación asimilable a la de incapacidad laboral transitoria de la propia trabajadora, provocada por enfermedad común. Pero con efectos de 1 enero 1995 —por tanto, después de promulgada la LGSS—, a la par que se regulaba la nueva contingencia de «incapacidad temporal»<sup>71</sup>, procedió a desgajarse de esta última la tradicional contingencia de «maternidad»<sup>72</sup>; y ello, con buen criterio, puesto que una mujer embarazada no es ninguna mujer enferma, sino simplemente una mujer distinta. La contingencia en cuestión aparece hoy regulada en capítulo propio del Título II de la LGSS, integrado por seis preceptos —agrupados en dos secciones—, que son sus artículos 133. bis, 133.ter, 133.quater, 133.quinquies, 133.sexies y 133.septies<sup>73</sup>.

Estos preceptos cuentan con un desarrollo reglamentario específico, contenido en los artículos 2 a 13 del Real Decreto 1251/2001, de 16 noviembre, sobre prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en el que se contiene una pulcra regulación de las relaciones entre maternidad e incapacidad temporal (anterior o posterior al parto) por enfermedad común<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. artículo 11.2 de la Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

<sup>68</sup> Al respecto, STSud de 19 septiembre 2006 (Ar. 8869).

<sup>69</sup> Cfr., especialmente, sus artículos 2, 3, 4, 6, 7 y 8.

<sup>70</sup> Cfr. artículos 1 y 2 de la Orden TAS/399/2004, de 12 febrero. Sobre este sistema, véase *supra*, Tema 3, §9.

<sup>71</sup> Véase *supra*, §1.

<sup>72</sup> Véase C. CHACARTEGUI JÁVEGA, «La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal», en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, cit., págs. 196 ss.

<sup>73</sup> Véase J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 105 ss.; y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social*, CES (Madrid, 2004), págs. 167 ss.

<sup>74</sup> Cfr. su artículo 9. Anticipando soluciones, véase C. MARTÍNEZ MORENO, «Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: Algunas cuestiones pendientes», *Aranzadi Social*, 2000-V, págs. 943 y ss.

La regulación de este tema resultaría incomprensible, si se hace abstracción de la regulación sustantiva laboral del mismo, contenida —respecto de los trabajadores— en el artículo 48.4 del ET.

El artículo 133.bis de la LGSS no sólo remite a este precepto, sino también —respecto de los funcionarios— al «artículo 30.3 de la Ley 30/1984», hoy artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto básico del empleado público.

Aunque las situaciones contempladas en la sección primera (rotulada «supuesto general») sean varias, la más típica se refiere a una trabajadora que va a ser madre natural o biológica de un solo hijo. En este caso, durante el período de suspensión de su contrato de trabajo —de dieciséis semanas ininterrumpidas, de las cuales al menos seis han de ser inmediatamente posteriores al parto<sup>75</sup>—, dicha trabajadora tiene derecho a percibir el correspondiente subsidio contributivo de maternidad, compensatorio del salario que no cobra, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos. Según la LGSS, estos requisitos son los de cumplir «la condición general exigida en el número 1 del artículo 124» —esto es, estar afiliada y en alta o en situación asimilada al alta, cuando se inicie la contingencia— y, además, acreditar un período mínimo de cotización variable según la edad de la trabajadora, aunque el supuesto más probable se refiere a que sea «mayor de 26 años de edad»<sup>76</sup>, en cuyo caso la regla general es, a su vez, que se le exija un «período mínimo de cotización... de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso» [artículo 133.ter, apartado 1.c), inciso primero]<sup>77</sup>.

Este último precepto considera beneficiarios del subsidio contributivo por maternidad, literalmente, «los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo».

En la variante más típica de esta contingencia, ello se debe —supuesto que el padre y la madre trabajen— a que la madre «podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre»<sup>78</sup>. En este caso, «tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos

<sup>75</sup> Cfr. artículo 48.4, párrafo 1º, del ET.

<sup>76</sup> Menos probable, parece, es que el trabajador tenga «menos de 21 años de edad en la fecha del parto» o «entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto» [cfr. artículo 133.ter, apartado 1, letras a) y b), de la LGSS, respectivamente].

<sup>77</sup> Según el inciso segundo de este mismo precepto, «se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha», debiendo tenerse en cuenta —respecto de esta fecha— que «en el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda» (apartado 2).

<sup>78</sup> Cfr. artículo 48.4, párrafo 2º, del ET.



exigidos»<sup>79</sup>. Además, «en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre»<sup>80</sup>.

En congruencia con lo dispuesto en los artículos 48.4 del ET y 49 de la Ley 7/2007, la LGSS prevé otras variantes menos típicas de la contingencia, que son «la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten» (artículo 133.bis)<sup>81</sup>.

Se trata de un subsidio contributivo similar al que perciben los trabajadores en situación de baja por accidente o enfermedad —también aquí, durante su percepción, el empresario debe seguir cotizando por el subsidiado<sup>82</sup>—, aunque presenta dos diferencias con el subsidio de incapacidad temporal. En primer lugar, la relativa al porcentaje aplicable a la base reguladora, que es superior al del subsidio de incapacidad temporal, pues «la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente» (artículo 133. Cuater, inciso 1º). En segundo lugar, la relativa al sujeto pagador del mismo, pues aquí «el pago del subsidio será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas»<sup>83</sup>.

Por ello mismo —también a diferencia del subsidio de incapacidad temporal—, aquí no rige el principio de oficialidad (esto es, de pago automático sin solicitud), pues el beneficiario tiene que solicitar el pago del subsidio de maternidad, debiendo —siempre en la variante más típica— obtener la trabajadora un «informe de maternidad» del facultativo del Servicio Público de Salud que la atienda; informe éste —una vez cumplimentado por el empresario en la parte que le corresponda (por ejemplo, indicando los datos de cotización necesarios para calcular el subsidio)— que se acompañará luego por la trabajadora «a la solicitud del subsidio ante la entidad gestora»<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Artículo 4.1, párrafo 3º, del Real Decreto 1251/2001.

<sup>80</sup> Artículo 48.4, párrafo segundo, del ET. Este mismo precepto proclama expresamente la compatibilidad con la suspensión del contrato de trabajo por maternidad (y consiguientes prestaciones) a que se refiere el artículo 48.bis del propio ET («será compatible»).

<sup>81</sup> Acerca de la evolución histórica de la regulación de estas otras variantes menos típicas, véase STSud de 5 mayo 2003 (Ar. 4418).

<sup>82</sup> Según el artículo 106.4 de la LGSS, «la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente».

<sup>83</sup> Artículo 11.2, párrafo 1º, del Real Decreto 1251/2001; también, disposición adicional 11ª.ter de la LGSS.

<sup>84</sup> Cfr. artículo 12 del Real Decreto 1251/2001.

En congruencia con lo que indica el artículo 133.4.º de la LGSS, el Real Decreto 1251/2001 afirma que «para el cálculo del subsidio de maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso»<sup>85</sup>.

El propio Real Decreto 1251/2001 regula con minuciosa prolijidad muy diversos supuestos de hecho susceptibles de repercutir sobre el subsidio («fallecimiento del hijo», «fallecimiento de la madre», fallecimiento del padre que estuviese disfrutando de su parte del permiso, etc.), incluyendo también el caso feliz de «parto múltiple»<sup>86</sup>, en el que «se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto»<sup>87</sup>, aunque este «subsidio especial, en caso de parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto»<sup>88</sup>, pudiendo percibirlo sólo «uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre»<sup>89</sup>.

La sección segunda (rotulada «supuesto especial») regula el subsidio no contributivo de maternidad. Son beneficiarias de él «las trabajadoras... que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación [contributiva] por maternidad..., salvo el período mínimo de cotización» (artículo 133.sexies). En este caso, la regla —según el artículo 133.septies<sup>90</sup>— es que la trabajadora perciba un subsidio «igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento», cuya duración «será de 42 días naturales a contar desde el parto».

No se garantiza necesariamente la citada cuantía de este subsidio no contributivo, pues si «la base reguladora calculada conforme al artículo 133.4.º o a la disposición adicional séptima [de la propia LGSS] fuese de cuantía inferior», entonces «se estará a ésta»<sup>91</sup>.

En fin, del todo similar al subsidio contributivo de maternidad es el subsidio contributivo de paternidad, regulado en capítulo propio del Título II de la LGSS, artículos 133.octies, 133.nonies y 133.decies. Como es lógico, lo disfruta el trabajador con contrato de trabajo suspendido por paternidad (en principio, por tanto, durante los 13 días

---

<sup>85</sup> Artículo 6.1, párrafo 1.º. Además, «cuando el período de descanso por maternidad... sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por la madre y por el padre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora» (artículo 6.3).

<sup>86</sup> Como se sabe, en este caso, las dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo se amplían «en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo» (artículo 48.4, párrafo 1.º, del ET).

<sup>87</sup> Artículo 3.2.

<sup>88</sup> Artículo 11.3.

<sup>89</sup> Artículo 4.4.

<sup>90</sup> En el que expresamente se afirma que esta prestación «tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86» (cfr. su párrafo segundo).

<sup>91</sup> Artículo 133.septies, párrafo primero.

que prevé el ET<sup>92</sup>, que llegarán a ser cuatro semanas en el año 2013<sup>93</sup>). Y dado su carácter contributivo, también juega aquí —como en el subsidio contributivo de maternidad— la regla general de que el trabajador deba acreditar «un período de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión» (artículo 133.nonies)<sup>94</sup>.

El irresistible parecido de su régimen jurídico con el del subsidio contributivo de maternidad explica, siempre según la LGSS, lo siguiente: 1) que también tenga derecho a disfrutarlo el personal no laboral al servicio de las Administraciones públicas, «de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública»<sup>95</sup>; 2) que su cuantía se determine «en la forma establecida por el artículo 133 quater para la prestación por maternidad»<sup>96</sup>; y 3) el que «la gestión de las prestaciones económicas de maternidad y de paternidad corresponderá directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente»<sup>97</sup>.

**§5.** Similares a las variantes más típicas de los subsidios contributivos de maternidad y paternidad son, a su vez, el subsidio por riesgo durante el embarazo y el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, regulados en sendos capítulos propios del Título II de la LGSS (artículos 134 y 135, y 135.bis y 135.ter, respectivamente)<sup>98</sup>. El primero protege «el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado..., dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»<sup>99</sup>, finalizando —como regla general— «el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad»<sup>100</sup>. El segundo protege, por su parte, la suspensión del contrato de trabajo por imposibilidad asimismo razonable de cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora, pero durante «la lactancia natural»<sup>101</sup>,

<sup>92</sup> Cfr. su artículo 48.bis, párrafo primero.

<sup>93</sup> Cfr. disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>94</sup> Alternativamente —al igual que en el supuesto citado del subsidio contributivo de maternidad—, también «360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha» (*ibidem*).

<sup>95</sup> Cfr. artículo 133.octies.

<sup>96</sup> Artículo 133.decies.

<sup>97</sup> Disposición adicional 11ª.ter.

<sup>98</sup> Sobre el primero, véase C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 71 ss.

<sup>99</sup> Artículo 134, párrafo primero.

<sup>100</sup> Cfr. artículo 135.2.

<sup>101</sup> Cfr. artículo 135.bis.

finalizando —de nuevo como regla general— «en el momento en que el hijo cumpla nueve meses»<sup>102</sup>. En ambos casos, no resultan exigibles períodos previos de cotización, pues los subsidios correspondientes tienen «la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales»<sup>103</sup>. También se trata —como en las contingencias contributivas de maternidad y paternidad— de subsidios del «100 por 100 de la base reguladora», pero teniendo en cuenta que aquí dicha base reguladora es, en cambio, la «establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales»<sup>104</sup>.

Dada esta naturaleza suya de prestaciones ligadas a contingencias profesionales, la LGSS también impone en ambos casos que «la gestión y el pago de la prestación económica... corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos correspondientes»<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Cfr. artículo 135.ter.

<sup>103</sup> Artículo 134, párrafo segundo, y también —por remisión a él—, artículo 135.ter.

<sup>104</sup> Cfr. artículo 135.3, y también —por remisión a él—, artículo 135.ter.

<sup>105</sup> Artículo 135.4, y también —por remisión a él—, artículo 135.ter.

---

**TEMA 6**

**LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD  
PERMANENTE CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los equipos de valoración de incapacidades. §3. Los grados de la incapacidad permanente contributiva. §4. Los aspectos jurídicos de la incapacidad permanente contributiva. §5. Las prestaciones económicas por incapacidad permanente contributiva. §6. La revisión de la incapacidad permanente contributiva. §7. Las lesiones permanentes no invalidantes.

§1. La contingencia de incapacidad permanente contributiva aparece regulada, en principio, en la Sección 2ª («Invalidez permanente en su modalidad contributiva») del Capítulo V («Invalidez») del Título II de la LGSS, artículos 137 a 143. Estos siete preceptos —que constituyen el núcleo de las fuentes reguladoras del tema— se completan con lo dispuesto en el artículo 136 de la propia LGSS (rotulado «Conceptos y clases», único que conforma la Sección 1ª de dicho Capítulo V), aplicable no sólo a esta concreta modalidad de la incapacidad permanente —llamada «contributiva», por causa de que las prestaciones económicas que le corresponden se financian principalmente con cargo a cotizaciones sociales—, sino también a la incapacidad permanente en su modalidad no contributiva, que aparece regulada inmediatamente a continuación, en la Sección 3ª del propio Capítulo V; y además, con lo dispuesto en muy diversos reglamentos de desarrollo de estas normas legales —como el crucial Real Decreto 1300/1995, de 21 julio<sup>1</sup>—, algunos de ellos promulgados incluso durante la vigencia de la primera Ley general de Seguridad Social de 1966. En cualquier caso, a efectos de la interpretación y aplicación de todas estas fuentes normativas, debe tenerse en cuenta —desde la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 julio— que las referencias realizadas por todas ellas «a la “invalidez permanente” se entenderán efectuadas a la “incapacidad permanente”».

---

<sup>1</sup> A su vez desarrollado por Orden Ministerial de 18 enero 1996.

La recién citada Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, efectúa —en su artículo 8.5— la advertencia general que acaba de mencionarse<sup>2</sup>.

Los reglamentos de desarrollo en cuestión son muchos y forman un conjunto normativo disperso y sujeto a incesantes modificaciones —que, al igual que en el caso de la incapacidad temporal, deberían ser objeto de algún tipo de refundición y puesta al día—, resultando claves a estos efectos el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, aprobando el reglamento general de prestaciones económicas de la Seguridad Social; la Orden Ministerial de 15 abril 1969, de prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social; y el Decreto 1646/1972, de 23 junio, de desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social<sup>3</sup>.

El citado Real Decreto 1300/1995 desarrolla, en materia de incapacidades laborales, la Ley 42/1994, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

**§2.** La pieza alrededor de la cual gira toda la regulación de la contingencia de incapacidad permanente contributiva es un órgano administrativo peculiar, en principio existente en cada Dirección Provincial del INSS. No se le menciona por su nombre en la LGSS, pues su artículo 143.1 se limita a afirmar que «corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, *a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan* y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección [sobre incapacidad permanente en su modalidad contributiva]». Estos órganos a los que la LGSS remite genéricamente, y cuya actuación resulta crucial, son los que el citado Real Decreto 1300/1995 denominada equipos de valoración de incapacidades<sup>4</sup>.

Antes de la creación de estos equipos, sus funciones en la materia eran desarrolladas por las «Comisiones de Evaluación de Incapacidades» (adscritas al INSS) y por las «Unidades de Valoración Médica de Incapacidades» (adscritas al INSALUD), en los términos previstos por el Real Decreto 2609/1982, de 24 septiembre, que fue parcialmente derogado por el citado Real Decreto 1300/1995.

A su vez, estas «Comisiones» y «Unidades» resultan herederas de las tradicionales «Comisiones Técnicas Calificadoras» (provinciales y central), declaradas extinguidas por

---

<sup>2</sup> Al rebautizarse la contingencia, se rompe con una tradición constante en nuestra legislación general de Seguridad Social, aunque resulte curioso recordar ahora que la Ley de Bases de 1963 afirmaba que se «considerarán situaciones o estados constitutivos de invalidez», entre otros, «los de *incapacidad* permanente por causa de enfermedad común o profesional o de accidente, sea o no de trabajo» [cfr. base octava, apartado 31.a)], lo que lógicamente reflejaban la primera Ley general de 1966 (artículo 135.1) y la segunda Ley general de 1974 (artículo 135.1). Acerca de la historia de la contingencia, clásico, véase J.M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 1982), págs. 40 y ss.

<sup>3</sup> A su vez desarrollado por la Orden Ministerial de 31 julio 1972.

<sup>4</sup> Véase E. MARTÍN PUEBLA, *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares (Granada, 2000), págs. 139 y ss.

el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

Por su parte, el ET denomina genéricamente «órgano de calificación» al equipo de valoración de incapacidades<sup>5</sup>.

Siempre según el Real Decreto 1300/1995, los equipos en cuestión (popularmente llamados EVIs) son órganos administrativos técnicos de carácter pluridisciplinar, «compuestos por un Presidente y cuatro Vocales»<sup>6</sup>. El presidente es, en principio, «el Subdirector provincial de Invalidez del Instituto Nacional de la Seguridad Social»<sup>7</sup>. Y los cuatro vocales, también en principio, un «médico inspector»<sup>8</sup>, un «Facultativo Médico, perteneciente al personal del Instituto Nacional de la Seguridad Social»<sup>9</sup>, un «Inspector de Trabajo y Seguridad Social»<sup>10</sup> y un «funcionario titular de un puesto de trabajo de la unidad encargada del trámite de las prestaciones de invalidez de la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, quien ejercerá las funciones de Secretario»<sup>11</sup>.

Según el propio Real Decreto 1300/1995, cabe «la constitución de más de un Equipo de Valoración de Incapacidades en aquellas Direcciones Provinciales de dicho Instituto en las que el número de casos a resolver, o las características de algún sector, así lo aconsejen»<sup>12</sup>.

Siempre según esta misma norma, la composición del equipo se amplía mediante la designación de «un experto en recuperación y rehabilitación, propuesto por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando del expediente se deduzcan indicios razonables de recuperación del trabajador»<sup>13</sup>.

También puede ampliarse, ahora mediante la designación de «un experto en seguridad e higiene en el trabajo, propuesto por el órgano competente del Estado o de la respectiva Comunidad Autónoma, cuando existan indicios de incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo»<sup>14</sup>.

Actúan excitados por la Dirección Provincial del INSS de que dependan. Y su actuación consiste en aplicar al caso concreto la definición genérica de incapacidad permanente contributiva —que presupone la existencia de una previa situación de

---

<sup>5</sup> Cfr. artículo 48.2.

<sup>6</sup> Artículo 2.3.

<sup>7</sup> Artículo 2.3.a).

<sup>8</sup> Artículo 2.3.b).1º.

<sup>9</sup> Artículo 2.3.b).2º.

<sup>10</sup> Artículo 2.3.b).3º.

<sup>11</sup> Artículo 2.3.b).4º.

<sup>12</sup> Artículo 2.2.

<sup>13</sup> Artículo 2.4.1º.

<sup>14</sup> Artículo 2.4.2º.

incapacidad temporal<sup>15</sup>—, contenida en el artículo 136.1 de la LGSS, según el cual «en la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (párrafo 1º, inciso primero)<sup>16</sup>. A tal efecto, les compete «examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social los dictámenes-propuesta preceptivos..., en materia de... anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de invalidez permanente»<sup>17</sup>.

La iniciación del procedimiento por parte de la Dirección Provincial del INSS puede producirse —según el Real Decreto 1300/1995<sup>18</sup>— de tres modos distintos: 1) «de oficio, por propia iniciativa de la Entidad Gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social»; 2) «a instancia del trabajador o su representante legal»; y 3) «a instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente».

El propio Real Decreto 1300/1995 afirma que «el régimen de funcionamiento de los Equipos de Valoración de las Incapacidades será el establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»<sup>19</sup>.

Téngase en cuenta, aunque lo normal sea la previa existencia de una situación de incapacidad temporal, que la LGSS afirma que «la invalidez permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 125, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el número 2 del artículo 114 de esta Ley, bien en los casos de acceso a la invalidez permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el número 3 del artículo 138»<sup>20</sup>.

**§3.** Sobre la base —al igual que ocurre en la incapacidad temporal— de que el riesgo causante de las situaciones de incapacidad permanente contributiva puede ser tanto un accidente (de trabajo o común)

<sup>15</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 5, §1, §2 y §3.

<sup>16</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, «La incapacidad permanente», en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Directores), *Seguridad Social práctica*, 2ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 697 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 3.1.a) del Real Decreto 1300/1995.

<sup>18</sup> Cfr. su artículo 4.1.

<sup>19</sup> Artículo 2.5.

<sup>20</sup> Cfr. su artículo 136.3.



como una enfermedad (común o profesional), el recién citado dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades debe contener, ante todo, la «calificación de estas situaciones en sus distintos grados»<sup>21</sup>. Estos grados de la incapacidad permanente contributiva son cuatro, y aparecen enumerados en el artículo 137.1 de la LGSS, al que se dio su redacción actual por la citada Ley 24/1997. Según este precepto, «la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial. b) Incapacidad permanente total. c) Incapacidad permanente absoluta. d) Gran invalidez».

Estos cuatro grados resultan totalmente tradicionales en nuestra legislación de Seguridad Social, remontándose incluso a nuestra legislación de previsión social. Al respecto, resultan especialmente ilustrativos los artículos 37 (incapacidad permanente parcial), 38 (incapacidad permanente total), 41 (incapacidad permanente absoluta) y 42 (gran invalidez) del reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio 1956. Y ello, por causa de la rica casuística, siempre útil desde el punto de vista forense, descrita en los cuatros preceptos recién citados<sup>22</sup>.

Dado que el específico reglamento de desarrollo de este precepto no ha sido todavía promulgado por el Gobierno, resulta obligado tener en cuenta —a efectos de concretar en qué consista cada uno de estos cuatro grados— lo ordenado en la disposición transitoria 5<sup>a</sup>.bis de la LGSS. Según ella, mientras no se promulguen dichos reglamentos específicos, «entretanto, se seguirá aplicando la legislación anterior» (inciso segundo)<sup>23</sup>. Y por ello mismo, sigue vigente todavía la redacción que el artículo 137 de la propia LGSS tenía antes de ser modificado por la Ley 24/1997, que es un precepto de gran trascendencia práctica, pues en él se contienen las definiciones de los citados cuatro grados de la incapacidad permanente contributiva.

Sobre el tema, existe una abundantísima litigiosidad que literalmente sepulta nuestros tribunales laborales, la cual resulta favorecida —incluso en sede de recurso de suplicación—

<sup>21</sup> Cfr. artículo 3.1.a) del Real Decreto 1300/1995. Acerca de su tipología, véase A. BARBA MORA, *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 28 y ss.

<sup>22</sup> Acerca del «valor orientativo» de estos viejos preceptos reglamentarios, por todas, véanse SsTSJ Cataluña de 27 enero 2004 (Jur. 90913) y Murcia de 10 mayo 2004 (Jur. 173310).

<sup>23</sup> Por su parte, el inciso primero de esta misma disposición afirmaba que «lo dispuesto en el artículo 137 de esta Ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias, a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 137, que deberán dictarse en el plazo máximo de un año». Este plazo fue de nuevo estérilmente prorrogado por la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (cfr. su disposición adicional 39<sup>a</sup>).

por la afirmación de la LPL, relativa a que «son recurribles en suplicación... las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social», entre otros varios supuestos, «en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las de desempleo, así como sobre el *grado de invalidez aplicable*»<sup>24</sup>.

De acuerdo con este precepto, las cuatro definiciones en cuestión son las siguientes: 1) «se entenderá por incapacidad permanente *parcial* para la profesión habitual la que... ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma»; 2) «se entenderá por incapacidad permanente *total* para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta»; 3) «se entenderá por incapacidad permanente *absoluta* para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio»; y 4) «se entenderá por *gran invalidez* la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos»<sup>25</sup>.

Sobre el tema, el TS ha renunciado a establecer jurisprudencia laboral unificada, aduciendo —ya desde 1991— que «“las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables”, pues la “ semejanza de los supuestos de hecho difícilmente llega a convertirse en identidad por recaer sobre individualidades diferenciadas”»<sup>26</sup>, teniendo en cuenta, además, que «“lesiones aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo”, por lo que “en consecuencia, no es posible fundar en la valoración de esta incidencia individualizada un recurso de casación para la unificación de doctrina”»<sup>27</sup>.

El TS llega incluso al extremo de afirmar que «más que de incapacidades puede hablarse de incapacitados»<sup>28</sup>.

En cualquier caso, y respecto del concepto «profesión habitual», la LGSS afirma que «a efectos de determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia

<sup>24</sup> Cfr. su artículo 189.1.c).

<sup>25</sup> Según una STSud de 20 noviembre 2002 (Ar. 1918 de 2003), «la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior, porque... no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta».

<sup>26</sup> STS de 14 noviembre 2006 (Ar. 9159), con cita literal de una STS de 19 noviembre 1991 (Ar. 8251).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina 1993-1994*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1995), pág. 526, y jurisprudencia que citan.

de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente»<sup>29</sup>.

§4. Aparte la calificación de la incapacidad permanente contributiva en el grado que le corresponda, el dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades también debe contener «los informes de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho»<sup>30</sup>, y que conforman, por tanto, los aspectos jurídicos de la contingencia de incapacidad permanente contributiva. Sobre estos dos requisitos jurídicos —alta y cotización previa—, el precepto clave es el artículo 138 de la LGSS, rotulado «beneficiarios». La interpretación de este precepto, en el que hasta por cinco veces se utiliza la expresión «hecho causante», exige tener en cuenta que la regla general es la de que «el hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente», normalmente por alta médica, aunque «en los supuestos en los que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiese extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades»<sup>31</sup>.

Respecto de la importancia de estos dos requisitos jurídicos —en cuanto que configuradores de la contingencia—, téngase en cuenta que la jurisprudencia laboral unificada afirma que «las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas [por ejemplo, por falta de cotización] carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan»<sup>32</sup>.

En realidad, a estos dos requisitos jurídicos hay que agregarles otro más, relativo a la edad del beneficiario. Al respecto, la LGSS afirma que «no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley [esto es, sesenta y cinco años] y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social»<sup>33</sup>.

Por ello mismo, la propia LGSS también afirma que «las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a

<sup>29</sup> Cfr. su artículo 137.2, párrafo 2º.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 5.1.b) del Real Decreto 1300/1995.

<sup>31</sup> Cfr. artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 enero 1996, de desarrollo del Real Decreto 1300/1995. Sobre el tema, véase A. DESDENTADO BONETE, «El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. VII (2004), págs. 118 y ss.

<sup>32</sup> STSud de 16 marzo 1995 (Ar. 2017) y STSJ Comunidad Valenciana de 9 mayo 2006 (Ar. 2298), por todas.

<sup>33</sup> Artículo 138.1, párrafo 2º.

denominarse pensiones de jubilación», aunque «la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo»<sup>34</sup>.

En cuanto al alta, el artículo 138.1, párrafo 1º, de la LGSS le impone al beneficiario «reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124», y por tanto, estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta. Sin embargo, se trata sólo de una regla general, que aparece exceptuada en los casos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, por el artículo 138.3, párrafo 1º, de la LGSS. En efecto, según este precepto, «las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta».

Sobre el tema, la Orden Ministerial de 15 abril 1969 recuerda la regla crucial, relativa a que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General se considerarán de pleno derecho afiliados y en alta, a efectos de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones al respecto y sin perjuicio de las responsabilidades de todo orden que de ello se deriven para el mismo»<sup>35</sup>.

Esta misma norma, siempre a propósito de la incapacidad permanente, contiene una lista de situaciones asimiladas a la de alta<sup>36</sup>, pero que debe considerarse superada por la del artículo 36.1 del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero<sup>37</sup>.

En relación con las diversas situaciones asimiladas a la de alta previstas por este último Real Decreto, y especialmente la regulada en su artículo 36.1.1º («paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo»), una importante STSud de 14 abril 2000 (Ar. 3954)—a propósito siempre de la incapacidad permanente contributiva derivada de enfermedad común—, con una interpretación flexible y humanizadora<sup>38</sup>, sostiene que dichas situaciones existen en los siguientes supuestos: 1) si «la enfermedad que provoca la

---

<sup>34</sup> Cfr. artículo 143.4. Según J. GÁRATE CASTRO, «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *Tribuna Social*, núm. 78 (1997), pág. 19, «no formulándose ninguna excepción respecto de tales condiciones, habrá que considerar que se respetarán todas, incluida la exención de tributación por el impuesto sobre la renta de las personas físicas de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez». La regulación del tema, siempre en la LGSS, se completa con la regla de que «en los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, por no serle de aplicación lo establecido en el párrafo segundo, apartado 1, del artículo 138, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación» (artículo 139.5). Además, véase *infra*, §6.

<sup>35</sup> Artículo 20.2.

<sup>36</sup> Cfr. su artículo 20.1.

<sup>37</sup> Sobre este último precepto, véase *supra*, Tema 3, §8.

<sup>38</sup> Reiterada por SsTSud de 21 marzo 2006 (Ar. 2311) y 4 abril 2007 (Ar. 3975).

declaración de invalidez ya estaba instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo», pues «en este caso se considera cumplido el requisito, no ya de situación asimilada, sino de alta»; 2) si «la situación de alta en Seguridad Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta»; 3) si «aparece, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador —enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas, etc.— que... “introduce un desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la Oficina de Empleo”»; 4) si «la inscripción como demandante de empleo se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aun [no] ha recaído sentencia firme confirmando o revocando el alta médica»; y 5) si «un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, “no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral”».

Y en cuanto a la cotización previa —de algún modo exigible, al tratarse de una contingencia cuyas prestaciones económicas se financian principalmente, recuérdese, con cargo a cotizaciones sociales—, el artículo 138.1, párrafo 1º, de la LGSS le impone al sujeto incurso en esta contingencia, con innecesaria prolijidad, tener «cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquélla sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período de cotización». Este requisito de la cotización previa resulta exigible, por tanto, sólo en el caso de que la contingencia derive de una enfermedad común. Y varía, según el grado de incapacidad permanente contributiva de que se trate, distinguiéndose a estos efectos entre la incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común (que es perfectamente compatible con la subsistencia del contrato de trabajo), de un lado, y los restantes grados de la incapacidad permanente contributiva (esto es, la total, la absoluta y la gran invalidez) igualmente provenientes de una enfermedad común (en principio, incompatibles con la subsistencia del contrato de trabajo)<sup>39</sup>, de otro lado. En efecto, «en el caso de prestación por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya [producido el hecho causante]»<sup>40</sup>. En cambio, en el caso de los restantes grados de la incapacidad permanente

---

<sup>39</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 326-327.

<sup>40</sup> Artículo 138.2, párrafo 4º, de la LGSS.

contributiva, resulta preciso tener en cuenta, además, la edad del potencial beneficiario, dado que: 1) «si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad», se le exigirá como período mínimo de cotización «la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión»<sup>41</sup>; y 2) «si el sujeto causante tiene cumplidos treinta y un años de edad», se le exigirá haber cotizado «la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años»<sup>42</sup>, teniendo en cuenta que «en este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendido dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante»<sup>43</sup>.

La LGSS contiene reglas adicionales, relativas a lo siguiente: 1) «en los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización, se computará hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar»<sup>44</sup>; y 2) dado que «las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta»<sup>45</sup>, en estos supuestos «el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 2, b) de este artículo»<sup>46</sup>, esto es, en la forma prevista para el caso del inválido que hubiese cumplido treinta y un años.

**§5.** Una vez acaba su actuación, el equipo de valoración de incapacidades elevará su dictamen-propuesta al Director Provincial del INSS. Aunque este dictamen-propuesta elevado no vincule necesariamente (se trata de dictámenes-propuesta «preceptivos y no vinculantes»)<sup>47</sup>, lo más normal es, sin embargo, que el Director Provincial de la entidad gestora lo acepte de plano. Y supuesto que el beneficiario reúna los requisitos legalmente exigibles, dicho representante del INSS procederá a dictar resolución administrativa reconociéndole el derecho a prestaciones económicas correspondientes<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Artículo 138.2.a) de la LGSS.

<sup>42</sup> Artículo 138.2.b), inciso primero, de la LGSS.

<sup>43</sup> Artículo 138.2.b), inciso segundo, de la LGSS.

<sup>44</sup> Artículo 138.2, párrafo 2º.

<sup>45</sup> Artículo 138.3, párrafo 1º.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párrafo 2º.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 3.1 del Real Decreto 1300/1995.

<sup>48</sup> Sobre el tema, véase R. ROQUETA BUJ, *La incapacidad permanente*, CES (Madrid, 2000), págs.

Tras la elevación del dictamen-propuesta al Director Provincial del INSS, la regla es que «el interesado dispondrá de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos que estime conveniente»<sup>49</sup>, de manera que «cuando, en el trámite de audiencia, el interesado presente documentos u otras pruebas que contradigan el dictamen-propuesta emitido por el equipo de valoración de incapacidades, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social reexaminará lo actuado y requerirá de dicho equipo un dictamen-propuesta complementario del emitido con anterioridad, salvo en los supuestos en que aquélla entienda que los documentos y pruebas aportados no desvirtúan el dictamen-propuesta»<sup>50</sup>.

En el caso de la incapacidad permanente parcial, la prestación económica «consistirá en una cantidad a tanto alzado»<sup>51</sup>, por un importe «equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación por... [incapacidad temporal] de la que se derive la invalidez [permanente parcial]»<sup>52</sup>.

Esta regla se aplica a los beneficiarios de la contingencia «cualquiera que sea... [el riesgo] determinante de la misma y su edad»<sup>53</sup>.

En el caso de la incapacidad permanente total, la regla es que la prestación económica «consistirá en una pensión vitalicia»<sup>54</sup>. La cuantía de esta pensión —que tiene un mínimo garantizado si deriva de enfermedad común<sup>55</sup>— se obtiene aplicando, también como regla general, un porcentaje del 55 por 100 a la base reguladora correspondiente<sup>56</sup>, la cual varía en función de que la contingencia haya sido causada por una enfermedad común, por un accidente no laboral o por riesgos profesionales (esto es, accidente de trabajo o enfermedad profesional). Excepcionalmente, sin embargo, cabe que este porcentaje se incremente en un 20 por 100 más —alcanzando, en consecuencia, el 75 por 100 de la base reguladora correspondiente<sup>57</sup>—, cuando «por su edad, falta de preparación general o especialización y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad [que tendrá el beneficiario] de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior»<sup>58</sup>, en cuyo caso se

---

<sup>49</sup> Artículo 11.2 de la Orden Ministerial de 18 enero 1996, de desarrollo del Real Decreto 1300/1995.

<sup>50</sup> Artículo 12 de la Orden Ministerial de 18 enero 1996, de desarrollo del Real Decreto 1300/1995.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 139.1 de la LGSS.

<sup>52</sup> Cfr. artículo 9 del Decreto 1646/1972.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Cfr. artículo 139.2, párrafo 1º, de la LGSS.

<sup>55</sup> En este caso, «no podrá resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento» (artículo 139.2, párrafo 3º).

<sup>56</sup> Cfr. artículo 12.2, párrafo 1º, del Decreto 3158/1966.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 6.3 del Decreto 1646/1972.

<sup>58</sup> Cfr. artículo 139.2, párrafo 2º, de la LGSS.

habla doctrinal y jurisprudencialmente de que existe una incapacidad permanente total «cualificada»<sup>59</sup>.

Esta última se subordina reglamentariamente a que el beneficiario tenga cumplidos cincuenta y cinco años de edad<sup>60</sup>, habiendo confirmado el TC la constitucionalidad de esta exigencia<sup>61</sup>.

La pensión en cuestión, como es tradicional en nuestra legislación de Seguridad Social, «podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años»<sup>62</sup>. La regla general es que «la cuantía de la indemnización será equivalente al importe de ochenta y cuatro mensualidades de la pensión, siempre que el beneficiario tuviese menos de cincuenta y cuatro años de edad en el momento de formular la petición»<sup>63</sup>.

Según la LGSS, para determinar la base reguladora de las pensiones por invalidez permanente (incluida, por tanto, la total) derivada de enfermedad común, «se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en se produzca el hecho causante»<sup>64</sup>. En este caso, las bases de cotización más recientes (las de los últimos dos años, esto es, las últimas veinticuatro bases) se computan por su valor real o «nominal»<sup>65</sup>, mientras que las bases de cotización más antiguas (las restantes, hasta un total de setenta y dos meses) deben actualizarse<sup>66</sup>. Al resultado obtenido «se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del artículo 163, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años»<sup>67</sup>. El importe que resulte de estas operaciones «constituirá la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido»<sup>68</sup>. Evidentemente, el cálculo de la cuantía de esta pensión contributiva puede efectuarse artesanalmente, aplicando la fórmula matemática descrita en el artículo 140.1 de la LGSS, aunque —al igual que ocurre a propósito del cálculo de la pensión de jubilación contributiva ordinaria<sup>69</sup>— resulte más cómodo y más expeditivo que el *handmade* utilizar programas informáticos específicamente diseñados al efecto.

<sup>59</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Incapacidad permanente total cualificada», *Revista de Política Social*, número 132 (1981), págs. 232 y ss.; y también, A. ARUFE VARELA, «Cuestiones jurisprudenciales recientes acerca de la Incapacidad Permanente Total Cualificada», *Tribuna Social*, número 121 (2001), págs. 23 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. artículo 6.2 del Decreto 1646/1972.

<sup>61</sup> Cfr. STC 137/1987, de 22 julio.

<sup>62</sup> Artículo 139.2, párrafo 1º, de la LGSS.

<sup>63</sup> Cfr. artículo 5.1, regla primera, párrafo 1º, de la Orden Ministerial de 31 julio 1972, de desarrollo del Decreto 1646/1972. Para supuestos adicionales, véase el párrafo 2º de esta misma norma.

<sup>64</sup> Artículo 140.1.a).

<sup>65</sup> Artículo 140.1.a), regla primera.

<sup>66</sup> En efecto, según el artículo 140.1.a), regla segunda, «las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior».

<sup>67</sup> Artículo 140.1.b), párrafo 1º, inciso primero. En caso de «no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento» (*ibidem*, inciso segundo).

<sup>68</sup> Artículo 140.1.b), párrafo 2º.

<sup>69</sup> Véase *infra*, Tema 7, §3.



Además, para la integración de eventuales «lagunas» de cotización, téngase en cuenta que la LGSS declara que «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, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años»<sup>70</sup>.

Siempre según la LGSS, «en los supuestos [incluido, por supuesto, el de la pensión de incapacidad permanente total] en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga..., 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 a aquel en que se produzca el hecho causante»<sup>71</sup>.

Según el Decreto 1646/1972, «la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente [incluida, por tanto, la total], *derivadas de accidente no laboral*, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión»<sup>72</sup>.

En fin, la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente (incluida, por tanto, la total) *derivadas de accidente de trabajo* se determina aplicando las reglas contenidas en los artículos 60, 61 y 62 del reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio 1956, todavía vigentes<sup>73</sup>, aunque levemente retocados<sup>74</sup>. Aplicando estas viejas reglas, la jurisprudencia laboral afirma que «la base reguladora de la pensión de [incapacidad]P[ermanente]T[otal] derivada de accidente de trabajo es de cómputo anual, no mensual, por cuanto se calcula sobre los salarios reales percibidos en el año anterior al accidente, teniendo en cuenta el salario diario por jornada normal de trabajo, percibido en el momento del accidente, que se multiplica por los 365 días del año, las pagas extraordinarias, por su importe total anual, en el año anterior al accidente», más los «beneficios percibidos durante el año anterior al accidente, pluses y retribuciones complementarias, incluidas horas extraordinarias cuando no hayan superado el límite de 80 al año, percibidos en el año anterior al accidente, dividido por el número de días efectivamente trabajados y multiplicado por 273»<sup>75</sup>; y teniendo en cuenta, además, que «calculado el salario real anual en los términos mencionados, se dividirá por 12, de modo que el beneficiario de la pensión de [incapacidad]P[ermanente]T[otal] por contingencia profesional percibirá 12 mensualidades de la pensión al año, sin pagas extras, al encontrarse ya incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el importe mensual de la pensión»<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Artículo 140.4, párrafo 1º. Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «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», teniendo en cuenta que «en tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía».

<sup>71</sup> Artículo 140.2.

<sup>72</sup> Artículo 7.1.

<sup>73</sup> Cfr. disposición transitoria 1ª del Decreto 1646/1972.

<sup>74</sup> Por la disposición adicional 11ª del Real Decreto 4/1998, de 9 enero.

<sup>75</sup> STSJ Cataluña de 10 marzo 2004 (Ar. 1831).

<sup>76</sup> *Ibidem*.

En el caso de la incapacidad permanente absoluta, la prestación económica es asimismo «una pensión vitalicia»<sup>77</sup>, pero por importe del 100 por 100 de la base reguladora correspondiente<sup>78</sup>, calculada —si el beneficiario se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta— de idéntica manera que en los casos de incapacidad permanente total.

Según la LGSS, «respecto a las pensiones de invalidez absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral a que se refiere el apartado 3 del artículo 138 [esto es, cuando los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta], para el cómputo de su base reguladora, se aplicarán las reglas previstas en la norma a) del apartado 1 del presente artículo»<sup>79</sup>, esto es, las reglas previstas para el caso de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común<sup>80</sup>.

En fin, en el caso de la gran invalidez, el beneficiario «tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores»<sup>81</sup> —que se refieren a la pensión vitalicia por incapacidad permanente total y por incapacidad permanente absoluta—, «incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona le atienda»<sup>82</sup>, que será «el equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente»<sup>83</sup>.

Según la LGSS, «en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador»<sup>84</sup>.

**§6.** Lógicamente, esta contingencia de incapacidad permanente contributiva presupone la existencia de reducciones anatómicas o funcionales asimismo «permanentes», pero no necesariamente irreversibles. Y por eso, la LGSS —para referirse a dichas reducciones anatómicas o funcionales— habla, con toda prudencia, de que deben ser «previsiblemente

<sup>77</sup> Cfr. artículo 139.3 de la LGSS.

<sup>78</sup> Cfr. artículo 12.4 del Decreto 3158/1966.

<sup>79</sup> Artículo 140.3.

<sup>80</sup> Además, véase F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas (Madrid, 1991), págs. 21 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. artículo 139.4, inciso primero, de la LGSS.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Cfr. su artículo 139.4, inciso segundo.

<sup>84</sup> Cfr. su artículo 139.4, inciso tercero. A propósito del impacto de este complemento sobre eventuales prestaciones económicas por dependencia, véase *infra*, Tema 13, §7. Siempre de interés, J. GARCÍA VIÑA, «La evolución jurisprudencial de la gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 106 (2001), págs. 619 y ss.

definitivas»<sup>85</sup>. De ahí, dado que la calificación del grado de la incapacidad permanente contributiva puede llegar a variar con el transcurso del tiempo, que la propia LGSS se vea obligada a regular la eventual «revisión» de la calificación inicialmente asignada a dicha contingencia<sup>86</sup>.

Evidentemente, las secuelas derivadas de las lesiones también pueden tener carácter irreversible, lo que confirma la LGSS, afirmando que «no será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas»<sup>87</sup>.

Sobre el tema, las normas clave son los apartados 2 y 3 del artículo 143 de la LGSS. Al respecto, la regla general es que «toda resolución... por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados..., hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante»<sup>88</sup>. Evidentemente, de entre las diversas resultas posibles a que puede dar lugar la revisión instada—que también requiere de la actuación de los EVIs<sup>89</sup>—, las que plantean una mayor problemática jurídica son las ligadas a una eventual revisión por mejoría<sup>90</sup>, cuando esta última lo que provoca es el paso del inválido pensionado, bien a una situación de incapacidad permanente parcial, bien a una situación en que no exista ningún grado de incapacidad permanente.

Téngase en cuenta que el artículo 143.2 de la LGSS impide la revisión por agravación o mejoría, si el incapacitado hubiese cumplido la edad ordinaria de jubilación de sesenta y cinco años; limitación ésta cuya constitucionalidad ha sido expresamente confirmada por el TC<sup>91</sup>.

Según la LGSS, caben también «las revisiones fundadas en error de diagnóstico», las cuales «podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad [ordinaria de jubilación]»<sup>92</sup>.

Siempre según la LGSS, «si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad

<sup>85</sup> Cfr. artículo 136.1, párrafo 1º.

<sup>86</sup> Véase E. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), págs. 73 y ss.

<sup>87</sup> Artículo 136.1, párrafo 3º.

<sup>88</sup> Cfr. artículo 143.2, párrafo 1º, inciso primero, de la LGSS.

<sup>89</sup> Cfr. artículo 3.1.a) del Real Decreto 1300/1995.

<sup>90</sup> Los reajustes en caso de revisión por agravación aparecen regulados en el artículo 21 del Decreto 3158/1966 y en el artículo 40 de la Orden Ministerial de 15 abril 1969.

<sup>91</sup> SsTC 197/2003, de 30 octubre, y 78/2004, de 29 abril. Véase A. CÁMARA BOTÍA, «Sobre la constitucionalidad del artículo 143.2 LGSS: revisión del grado de incapacidad permanente, edad de jubilación y gran invalidez», en M. ALONSO OLEA y A. MONTROYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXI, Civitas (Madrid, 2004), págs. 379 y ss.

<sup>92</sup> Artículo 143.2, párrafo 3º. Sobre el tema, véase M.J. ROMERO RÓDENAS, *Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 69 y ss.

Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución»<sup>93</sup>.

En relación con estos dos posibles supuestos de hecho, resulta preciso tener en cuenta la existencia de normas reguladoras de los mismos, extravagantes —por causa de su ubicación— respecto de la regulación que la LGSS efectúa de la contingencia de incapacidad permanente contributiva. Es el caso del artículo 48.2 del ET, en el que se afirma que «subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente», siempre y cuando «a juicio del órgano de calificación la situación de incapacidad del trabajador [en los grados de total, absoluta o gran invalidez] vaya a ser previsiblemente objeto de *revisión por mejoría* que permita su reincorporación al puesto de trabajo»<sup>94</sup>. Y también, el del artículo 215.1.1.e) de la LGSS —ubicado en el Título III de la propia LGSS, relativo a la protección por desempleo—, que considera beneficiario del subsidio por desempleo, tras haberse producido la extinción de su contrato de trabajo, a quien hubiese «sido declarado plenamente capaz o inválido en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, como consecuencia de un expediente de *revisión por mejoría* de una situación de invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez».

En estos casos, se aplica la regla general de que «la duración del subsidio por desempleo será de seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses»<sup>95</sup>.

**§7.** Con toda lógica, también poseen una regulación extravagante — respecto de la que la LGSS efectúa, a propósito siempre de la incapacidad permanente contributiva— las que la propia LGSS denomina «*lesiones permanentes no invalidantes*», reguladas en sus artículos 150 a 152. Se trata de «*las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales*, que, sin llegar a constituir una invalidez permanente..., supongan

---

<sup>93</sup> Artículo 143.2, párrafo 2°.

<sup>94</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 308-309.

<sup>95</sup> Artículo 216.1, párrafo 1°, de la LGSS. Sobre el subsidio en cuestión, véase *infra*, Tema 10, §5.

una disminución o alteración de la integridad física del trabajador»<sup>96</sup>. La LGSS también las denomina «indemnizaciones por baremo», pues estas lesiones permanentes no invalidantes «serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que... [en dicho baremo] se determinen»<sup>97</sup>, teniendo en cuenta que el baremo en cuestión —contenido como anejo de una Orden Ministerial de 15 abril 1969, actualizada en este punto con relativa periodicidad— fija indemnizaciones que oscilan entre «420 euros» (por ejemplo, para la pérdida parcial de los dedos segundo, tercero, cuarto y quinto del pie) y hasta «6.630 euros» (por ejemplo, para el caso de deformaciones en el rostro que afecten gravemente a la estética facial).

La última actualización de este baremo, que permanecía congelado desde 1991<sup>98</sup>, ha sido operada por la Orden TAS/1040/2005, de 18 abril.

Con toda lógica, la LGSS también afirma que «las indemnizaciones a tanto alzado que procedan por las lesiones, mutilaciones y deformidades... serán incompatibles con las prestaciones económicas establecidas para la invalidez permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma»<sup>99</sup>.

Según el Real Decreto 1300/1995, también compete a los equipos de valoración de incapacidades «formular al Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social los dictámenes-propuesta... en materia de... disminución o alteración de la integridad física del trabajador por existencia de lesiones permanentes no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional»<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. artículo 150 de la LGSS.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Para una crítica clásica y sobre todo hilarante del mismo, véase L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, 1ª ed., Aranzadi (Pamplona, 1977), págs. 389-390.

<sup>99</sup> Artículo 152.

<sup>100</sup> Artículo 3.1.d). De interés, véase J. LÓPEZ GANDÍA, «La revisión de las lesiones permanentes no invalidantes», *Relaciones Laborales*, 2001-II, págs. 1419 y ss.

---

## TEMA 7

# LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA EN EL RÉGIMEN GENERAL

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. La pensión por jubilación contributiva ordinaria. §3. La fijación de la cuantía de la pensión por jubilación contributiva ordinaria. §4. La pensión por jubilación contributiva anticipada. §5. La pensión por jubilación contributiva prorrogada. §6. La pensión por jubilación contributiva parcial. §7. La pensión por jubilación contributiva flexible.

§1. Desde mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado —esto es, desde que en España, por causa del progreso material de nuestra sociedad, la población en su conjunto empezó a vivir más y mejor—, el riesgo de vejez acabó convirtiéndose aceleradamente en el más importante de los riesgos comunes cubiertos por nuestro sistema de Seguridad Social<sup>1</sup>, desde el punto de vista de los ingentes recursos económicos que había que allegar para cubrir el pago de las pensiones correspondientes<sup>2</sup>; y por ello, no extraña que la propia CE debiera referirse expresamente a él, afirmando que «los poderes públicos garantizarán, mediante *pensiones* adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos *durante la tercera edad*» (artículo 50, inciso primero). Sobre esta base constitucional, las fuentes reguladoras ordinarias de las diversas pensiones por jubilación contributiva —esto es, las pensiones por jubilación financiadas principalmente con cargo a las cotizaciones

---

<sup>1</sup> Véase, J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, «La protección por vejez en la Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel (Madrid, 2007), págs. 307 y ss.

<sup>2</sup> Al respecto, poniendo de relieve que «de todos los riesgos cubiertos por la seguridad social consistentes en defectos de renta, el más importante, con mucho, es» justamente éste, véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), pág. 330; desde una perspectiva contemporánea, J. LÓPEZ LÓPEZ, «Pensión de jubilación y género; escapando de la “gender blindness” en materia de seguridad social», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1489 y ss.

sociales de empresarios y trabajadores—, supuesto que el beneficiario de la misma sea un trabajador cubierto por el Régimen General de Seguridad Social, se hallan fundamentalmente contenidas en los artículos 160 a 166 de la LGSS, precisamente bajo la rúbrica «jubilación en su modalidad contributiva». Se trata de ocho preceptos (al artículo 161 le sigue el artículo 161.bis) cuyo denso y complicado contenido debe completarse con lo que establecen a este mismo respecto, siempre dentro de la LGSS, algunas de sus numerosísimas disposiciones extravagantes; y señaladamente, lo establecido en las disposiciones adicionales 12<sup>a</sup>, 28<sup>a</sup>, 38<sup>a</sup> y 45<sup>a</sup>, en las disposiciones transitorias 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup>, y por último, en la disposición final 4<sup>a</sup><sup>3</sup>.

Según el «Pacto de Toledo» de 1995, «resulta notorio que la esperanza de vida de los españoles se ha incrementado y, por tanto, son más y por más tiempo los que perciben pensiones del sistema», y de hecho —continúa—, «la evolución de la esperanza de vida en España, como consecuencia de los avances de la medicina y de los mayores niveles de bienestar social, ha llevado a que en 1940 esta expectativa era de 50 años al nacer y de casi 11 años a la edad de 65, y en 1990 se sitúa en 77 años al nacer y en casi 18 a los 65 años»<sup>4</sup>.

Los artículos 160 a 166 de la LGSS forman la sección 1<sup>a</sup> de un capítulo del título II —el capítulo VII—, cuya rúbrica genérica es «Jubilación». Este mismo capítulo posee una sección 2<sup>a</sup>, en la que se regula la «Jubilación en su modalidad no contributiva»<sup>5</sup>.

Como venía siendo tradicional en nuestra legislación histórica de seguros sociales obligatorios, la primera Ley general de Seguridad Social de 1966 regulaba pensiones de «vejez»<sup>6</sup>. En el Régimen General, se habla de «jubilación» por vez primera con la Ley 24/1972, de 21 junio, aunque la utilización de este término —en lugar del de «vejez»— acabará normalizándose dos años después, al incluirse en la segunda Ley general de Seguridad Social de 1974. Pensiones de «vejez» que todavía continúan causándose son las del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (o SOVI), afirmando al respecto la citada disposición transitoria 7<sup>a</sup> de la LGSS que «quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social» (párrafo primero, inciso primero)<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> También trata de la pensión de jubilación contributiva la disposición transitoria 5<sup>a</sup>, pero la situación transitoria prevista en ella debe ya considerarse cumplida al día de hoy.

<sup>4</sup> Véase J.A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 60 y ss.

<sup>5</sup> Ver *infra*, Tema II, §3.

<sup>6</sup> Véase J.A. MALDONADO MOLINA, *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2002), págs. 49 y ss.

<sup>7</sup> Sobre el tema, véase M.L. MOLERO MARAÑÓN, «Otras pensiones por vejez», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 759 y ss. Además, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «El reintegro de prestaciones por falta de acreditación no probada de la cotización», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XII, Civitas (Madrid, 1995), págs. 324 y ss.

A la regulación contenida en estos ocho preceptos y nueve disposiciones extravagantes de la LGSS hay que añadir —aparte la reciente Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, de modificación profunda de la LGSS en materia de jubilación, pero que también posee contenido autónomo sobre esta misma materia<sup>8</sup>—, además, lo previsto en la normativa reglamentaria de desarrollo del tema, específicamente en materia de jubilación. Esta normativa reglamentaria se caracteriza por su dispersión cronológica y por su variedad formal. De un lado, porque todavía resulta de aplicación alguna norma dictada en desarrollo directo de la primera Ley general de Seguridad Social de 1966, como la Orden de 18 enero 1967, estableciendo el régimen de la prestación por vejez. De otro lado, porque junto con esta Orden tan antigua conviven otras normas reglamentarias de superior rango y mucho más modernas; normas reglamentarias dictadas, bien en desarrollo directo de la LGSS (como el Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, sobre jubilación parcial; o el Real Decreto 1539/2003, de 5 diciembre, sobre reducción de la edad ordinaria de jubilación), bien en desarrollo de leyes modificadoras de la propia LGSS (como el Real Decreto 1647/1997, de 31 octubre, sobre la cuantía de la pensión; o el Real Decreto 1132/2002, casualmente también de 31 octubre, sobre jubilación gradual y flexible)<sup>9</sup>.

El Real Decreto 1647/1997 se dictó en desarrollo de determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social. Por su parte, el Real Decreto 1132/2002 vino a desarrollar determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Téngase en cuenta que en la exposición de motivos de la recién citada Ley 24/1997 se afirma que esta última pretende llevar a la práctica determinadas recomendaciones del «Pacto de Toledo», aunque «queda pendiente, sin embargo, la articulación de parte de las recomendaciones contenidas en el [mismo]... y que no son objeto de tratamiento en la presente Ley». Parte de esta otra parte que quedó sin transponer constituye el objeto del «Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», de fecha 9 abril 2001 (estipulado por CCOO y UGT, por CEOE y CEPYME, y por el Gobierno de la Nación), en cuya introducción se afirmaba que había sido suscrito «en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo» y «desarrollando [algunas de] las recomendaciones» del propio «Pacto de Toledo»; Acuerdo, éste de 2001, transpuesto mediante la recién citada Ley 35/2002.

El panorama legislativo sobre la jubilación contributiva lo completan algunas otras normas reglamentarias, sobre fijación de edades de jubilación distintas de la ordinaria de

---

<sup>8</sup> Señaladamente, su disposición adicional 4ª, sobre «Mejora de las pensiones de jubilación anticipada causadas con anterioridad a 1 de enero de 2002».

<sup>9</sup> Sobre el tema, véase I. CAMÓS VICTORIA, *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), págs. 15 y ss.



sesenta y cinco años; más en concreto las cuatro siguientes: el Real Decreto 2366/1984, de 26 diciembre; el Real Decreto 1194/1985, de 17 julio; el Real Decreto 1559/1986, de 28 junio; y además, el Real Decreto 2621/1986, de 24 diciembre.

La Ley 47/1998, de 23 diciembre, también resulta de interés a nuestros efectos, pues dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales; más en concreto, «cuando el interesado acredita cotizaciones en dos o más Regímenes de la Seguridad Social, sin que en ninguno de ellos, aisladamente considerados, reúna todos los requisitos para acceder a dicha pensión»<sup>10</sup>.

La LGSS inicia la regulación de la contingencia de jubilación contributiva con un «concepto» de la misma —centrado, lógicamente, en la correspondiente prestación económica o pensión—, que se contiene en el artículo 160. Según este precepto, «la prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la *edad* establecida, *cese* o haya cesado *en el trabajo* por cuenta ajena»<sup>11</sup>. En este concepto legal de la prestación aparecen los dos elementos clave de la contingencia, «la edad establecida» y el «cese en el trabajo por cuenta ajena», que posibilitan la existencia de diferentes tipos de pensiones de jubilación contributiva. El tipo clave o tipo modelo, dado que se trata del supuesto más usual, es el de la reglamentariamente denominada pensión de jubilación contributiva «ordinaria», así llamada porque se otorga al tiempo de cumplir el trabajador una edad asimismo ordinaria de jubilación, en la que se produce el cese en el trabajo (cfr. *infra*, §2); un modelo de pensión respecto del que la LGSS se ve obligada a precisar el procedimiento para la fijación de su cuantía (cfr. *infra*, §3). Tocar alguno de los dos elementos clave (recuérdese, edad y cese) implica alterar el modelo —y en consecuencia, el procedimiento para la fijación de la cuantía de la pensión—, lo que sucede si se establece una edad de jubilación distinta de la ordinaria, como en los casos de la pensión por jubilación contributiva anticipada (cfr. *infra*, §4) y de la pensión por jubilación contributiva prorrogada (cfr. *infra*, §5); o también, si se permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo, como en los casos de la pensión por jubilación contributiva parcial (cfr. *infra*, §6) y de la pensión por jubilación contributiva flexible (cfr. *infra*, §7).

---

<sup>10</sup> Sobre ello, en este mismo Tema, véase §4.

<sup>11</sup> Al respecto, véase A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La jubilación en la unificación de doctrina*, La Ley (Madrid, 2001), págs. 17 y ss.

La LGSS no habla de jubilación «ordinaria», sino de «edad ordinaria de jubilación» [por ejemplo, en el artículo 213.1.e)]<sup>12</sup>. Sin embargo, sí habla de «jubilación ordinaria» el Real Decreto 1131/2002, en concreto sus artículos 16.b) y 18.1 y 3, y sus disposiciones adicionales 2ª y 3ª.

**§2.** La pensión de jubilación contributiva ordinaria —modelo sobre el que gira la regulación legal de la contingencia— puede reconocerse cuando el trabajador alcanza la edad ordinaria de jubilación y, al mismo tiempo, cesa en el trabajo. En principio, edad ordinaria de jubilación es la de sesenta y cinco años<sup>13</sup>, aunque quepan, por excepción, otras edades ordinarias de jubilación en el Régimen General, rebajadas en atención a circunstancias del trabajo o del trabajador. En cualquier caso, para poder acceder al cobro de la pensión de jubilación contributiva ordinaria, no le basta al trabajador con tener la edad requerida y cesar en el trabajo, puesto que también debe inexcusablemente cumplir un requisito adicional.

La edad ordinaria de sesenta y cinco años es, además, una «edad mínima» (a ello se refiere, por ejemplo, el artículo 161.2 de la LGSS), y no podía ser de otro modo, supuesto que el acceso a la pensión de jubilación es un derecho del trabajador, no una obligación. Todo ello, salvo que por convenio colectivo se establezcan «cláusulas que posibiliten la extinción del contrato por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social», de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 10ª del ET<sup>14</sup>.

Puede haber edades ordinarias mínimas diferentes de la de sesenta y cinco años, fijadas en atención a circunstancias del trabajo, dado que «la edad mínima ... anterior podrá ser rebajada por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 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» (artículo 161.bis.1, párrafo primero, de la LGSS, que entremezcla estas modalidades de jubilación ordinaria y el tema, completamente distinto, de la jubilación anticipada, precisamente bajo el equívoco rótulo común «Jubilación anticipada»)<sup>15</sup>. En este sentido, se ha venido rebajando la edad ordinaria en los siguientes casos: 1) el de trabajadores por cuenta ajena de la minería comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>16</sup>; 2) el

<sup>12</sup> En dicho precepto se menciona —entre las causas de extinción de la prestación por desempleo— el «cumplimiento, por parte del titular del derecho, de la *edad ordinaria* de jubilación». Cfr., además, su artículo 216.3, allí donde afirma que la duración del subsidio de desempleo para mayores de 52 años «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».

<sup>13</sup> Sin distinciones por razón de sexo. Al respecto, véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley (Madrid, 1999), págs. 85 y ss.

<sup>14</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 327-328.

<sup>15</sup> A tales efectos, la disposición adicional 45ª de la LGSS dispone que «se establecerá reglamentariamente el procedimiento general que debe observarse para rebajar la edad de jubilación» (párrafo primero).

<sup>16</sup> Por Real Decreto 2366/1984, de 26 diciembre.

de tripulantes técnicos de vuelo también comprendidos en el Régimen General<sup>17</sup>; y 3) el de ciertos trabajadores ferroviarios, artistas (cantantes, bailarines y trapeceistas) y profesionales taurinos<sup>18</sup>. En tales casos, la rebaja se lleva a cabo bien mediante la fijación directa de una edad distinta de la de sesenta y cinco años<sup>19</sup>, bien mediante la aplicación de un coeficiente reductor en función del tiempo efectivamente trabajado<sup>20</sup>.

También puede haber edades ordinarias mínimas distintas, fijadas en atención a circunstancias del trabajador, supuesto que «la edad mínima ... podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto»<sup>21</sup>. Además —con base en la disposición final 4ª de la LGSS—, el Real Decreto 1194/1985, de 17 julio, autoriza el acceso a la jubilación ordinaria a trabajadores que cumplan sesenta y cuatro años (denomina esta posibilidad «jubilación especial»), siempre y cuando las «Empresas los sustituyan, simultáneamente a su cese por jubilación, por otros trabajadores»<sup>22</sup>.

Este requisito adicional se refiere a la «cotización», lo que no extraña, puesto que se trata de una modalidad contributiva de pensión. No es, en cambio, requisito *sine qua non* para poder acceder al cobro de esta pensión «la [condición] general exigida en el apartado 1 del artículo 124» (artículo 161.1 de la LGSS), esto es, el «requisito general» de estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta. Y ello, dado que «la pensión de jubilación podrá causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y *cotización*» (artículo 161.3 de la LGSS).

Este último precepto constituye una «disposición legal expresa en contrario», exigida por el artículo 124.1 de la LGSS para exceptuar el «requisito general» de estar en alta o en

<sup>17</sup> Por Real Decreto 1559/1986, de 28 junio.

<sup>18</sup> Por Real Decreto 2621/1986, de 24 diciembre.

<sup>19</sup> Por ejemplo, disponiendo que «los cantantes, bailarines y trapeceistas podrán causar pensión de jubilación a partir de los sesenta años de edad sin que les sean de aplicación coeficientes reductores» (cfr. artículo 11.2 del Real Decreto 2621/1986).

<sup>20</sup> Por ejemplo, disponiendo que «la edad mínima de sesenta y cinco años ... se rebajará en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente que corresponda al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales de la minería que se especifican en la escala anexa al presente Real Decreto» (cfr. artículo 2 del Real Decreto 2366/1984).

<sup>21</sup> Cfr. artículo 161.bis.1, párrafo segundo, de la LGSS. A tal efecto, debe consultarse el Real Decreto 1539/2003, de 5 diciembre, afirmando que «la edad ordinaria de 65 años ... se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes que se indican» (cfr. su artículo 3).

<sup>22</sup> Cfr. su artículo 1.2. Por ello, «en caso de incumplimiento [esto es, si la empresa cesa al sustituto sin contratar a un nuevo trabajador] deberá abonar a la Entidad Gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del cese del trabajador contratado» (cfr. su artículo 4, inciso segundo). Según una STSud de 18 marzo 2002 (Ar. 5211), el Real Decreto en cuestión no excluye este tipo de jubilación respecto de los vinculados con la empresa por un contrato a tiempo parcial, debiendo «entenderse que la existencia de una relación de pluriempleo no impide a un trabajador a tiempo parcial acceder a la jubilación ... a los sesenta y cuatro años, máxime cuando su jornada laboral normal, aunque fraccionada a tiempo parcial en diferentes empresas, es sustituida, como en el caso presente, por otros trabajadores que continúan su actividad profesional en las mismas condiciones que el jubilado».

situación asimilada al alta, de manera que, aun faltando éste, pueda igualmente causarse el derecho correspondiente<sup>23</sup>.

En relación con este trascendental requisito, la LGSS le exige acreditar al interesado un período mínimo de cotización, también usualmente denominado período «de carencia», puesto que mientras que no se cumple con él, se carece del derecho a acceder a la prestación correspondiente. En efecto, el interesado debe «tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho» [artículo 161.1.b)], esto es, al momento de cumplir la edad y cesar en el trabajo. Se trata, en realidad, de quince años exigibles de manera paulatina, entre 1 enero 2008 y 1 enero 2013 (por ejemplo, entre 1 enero 2008 y 30 junio 2008 se exigen «4.700 días», que evidentemente no son quince años); y se trata, además, de dos períodos mínimos de cotización o de carencia, uno genérico (quince años) y otro específico (dos años dentro de los últimos quince), que deben cumplirse a la vez, cumulativamente<sup>24</sup>.

Aunque el precepto hable de «años», lo cierto es que al interesado se le van a exigir «días de cotización». En relación con el período de carencia genérico, la disposición transitoria 4ª de la LGSS establece un sistema de aplicación paulatina y gradual, que comienza con la exigencia de «4.700 días» de cotización entre 1 enero y 30 junio 2008, y que finaliza con la exigencia de «5.475 días» de cotización (esto es, sí quince años); mientras que el período de carencia específico —sobre el que la disposición adicional recién citada nada dice— consiste lógicamente en un total de 730 días. A estos efectos, téngase en cuenta que para determinar el período de carencia necesario «no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias» [artículo 161.1.b), párrafo primero, inciso segundo; inciso introducido por la citada Ley modificadora de la LGSS de 2007, que enerva lo que venía siendo hasta el momento la práctica refrendada jurisprudencialmente<sup>25</sup>].

En el caso de los trabajadores a tiempo parcial<sup>26</sup>, se dispone —para «el supuesto de los trabajadores que durante todo el año inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante

<sup>23</sup> Según una STSud de 20 enero 2003 (Ar. 1333 de 2004), la excepción sólo juega respecto de la jubilación ordinaria, pero en modo alguno respecto de la jubilación anticipada, a ver *infra*, §4.

<sup>24</sup> Sobre la base de que «cuando la Ley 26/1985 amplió el periodo de “carencia genérica” [de diez a quince años] e introdujo por primera vez el requisito de “carencia específica”, y concluyendo que «conforme a las reglas del Régimen General, es inexcusable para cualquier beneficiario cumplir con el requisito de la carencia específica», véase STSud de 7 marzo 2001 (Ar. 3836). Acerca de la existencia de alguna comprensible excepción (por ejemplo, sacerdotes y religiosos secularizados), véase M.L. MOLERO MARAÑÓN, «Peculiaridades de determinados colectivos integrados en el Régimen General de la Seguridad Social», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, cit., págs. 462 y ss.

<sup>25</sup> Al respecto, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 1ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 115.

<sup>26</sup> Véase R. ROQUETA BUJ, «La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1737 y ss.

hubieran estado contratados a tiempo parcial»— que «el período transitorio previsto ... se incrementará en proporción inversa al porcentaje de jornada realizada en dicho período» (disposición transitoria 4ª, párrafo segundo), debiendo tenerse en cuenta siempre la necesidad de calcular la equivalencia de lo cotizado a tiempo parcial en «días teóricos de cotización», para luego aplicarle a estos días teóricos así obtenidos el coeficiente multiplicador de 1,5<sup>27</sup>.

Pensando en el acceso futuro a la pensión de jubilación, lo que de verdad le conviene al interesado —si hubiese dejado de trabajar antes de cumplir los sesenta y cinco años— es seguir en situación asimilada al alta, manteniendo su inscripción como demandante de empleo en la oficina de empleo correspondiente. En efecto, si pretende acceder a la pensión desde una situación de no alta o no asimilada al alta, debe acreditar, en todo caso, que ha cotizado al menos dos años en los últimos quince *inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho*, por lo que si hubiese dejado de estar en alta o situación asimilada al alta quince años antes de producirse el hecho causante, le resultaría imposible cumplir el requisito en cuestión. En cambio, si solicita la pensión de jubilación ordinaria «desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar» (como, por ejemplo, la de paro involuntario una vez agotada la prestación de desempleo, contributiva o asistencial, siempre que mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo), entonces el período de los dos años a que se acaba de hacer referencia «deberá estar comprendido dentro de los quince años *anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar*» [artículo 161.1.b), párrafo segundo, de la LGSS].

**§3.** El procedimiento para la fijación de la cuantía de la pensión por jubilación contributiva ordinaria aparece descrito —por cierto, de manera muy gráfica, hasta el punto incluso de utilizarse una fórmula matemática<sup>28</sup>— en dos preceptos de la LGSS, los artículos 162 (sobre «Base reguladora de la pensión de jubilación») y 163 (sobre «Cuantía de la pensión»). Según el primero de estos dos preceptos, el cálculo de la cuantía de la pensión exige efectuar una operación de división, en la cual el *dividendo* es la suma de las bases de cotización de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante (esto es, el resultado de sumar 180 bases de cotización, correspondientes a los últimos 15 años, a razón de 12 por año), y el *divisor*, la cifra «210» (resultado de multiplicar 14 pagas, 12 ordinarias y 2 extraordinarias, correspondientes a los tan citados 15 años). El resultado de esta división da un *cociente* (legalmente llamado «base reguladora de la pensión») <sup>29</sup>, que no es todavía la cuantía definitiva de la pensión de jubilación contributiva ordinaria, pues aún queda por efectuar una operación matemática más —a la que se refiere el segundo de los preceptos antes citados—, consistente en aplicar un porcentaje variable, según el tiempo de cotización (no el

<sup>27</sup> Véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>28</sup> Sobre ella, véase P. RIVAS VALLEJO, «Cuantía de la prestación», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, cit., págs. 160 y 161.

<sup>29</sup> Sobre el tema, véase G.L. BARRIOS BAUDOR y A.V. SEMPERE NAVARRO, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2000), págs. 91 y ss.

mínimo, sino el total) acreditado por el interesado, de manera que: 1) por los *primeros quince años* cotizados, se aplicará el 50 por 100 al cociente o base reguladora; 2) por cada año adicional de cotización, comprendido *entre el décimo sexto y el vigésimo quinto*, ambos incluidos, el porcentaje anterior se incrementa a razón de un 3 por 100 anual (de este modo, a los dieciséis años de cotización se le aplicaría el 53 por 100 al cociente o base reguladora, a los diecisiete años el 56 por 100, a los dieciocho años el 59 por 100, y así sucesivamente, hasta los veinticinco años de cotización, a los que correspondería aplicar un porcentaje del 80 por 100 al cociente o base reguladora); en fin, 3) por cada año adicional de cotización, *a partir del vigésimo sexto*, el porcentaje del 80 por 100 se incrementa a razón de un 2 por 100 anual, sin que pueda superarse el 100 por 100 aplicable al cociente o base reguladora (lógicamente, este porcentaje máximo se alcanza con 35 años de cotización). Visto este procedimiento, resulta claro que cuanto más elevadas son las bases de cotización y cuanto más tiempo se ha cotizado, mayor será también la cuantía de la pensión. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta —en relación siempre con la cuantía de la pensión de jubilación contributiva ordinaria— que existe una «*pensión máxima*», eventualmente muy inferior incluso al salario que cobraba en activo el pensionista, cuyo tope fijan anualmente las leyes de Presupuestos Generales del Estado, desde 1984<sup>30</sup>.

Es lógico que cuanto más recientes sean las bases de cotización a tener en cuenta, más elevada resulte la cuantía de la pensión, dado que las bases se incrementan con el paso del tiempo, normalmente en cuantía suficiente como para neutralizar la inflación. De ahí que perjudique al trabajador un incremento (yendo hacia atrás) del período de años que se tome para calcular el cociente o base reguladora de la pensión<sup>31</sup>. Por ello mismo, las bases de cotización más recientes (las de los últimos dos años, esto es, las últimas veinticuatro bases) se computan por su valor real o «nominal»<sup>32</sup>, mientras que las bases de cotización más antiguas (las restantes, hasta un total de 156) deben actualizarse<sup>33</sup>.

Además, como las bases de cotización de referencia son las de «los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante», podría suceder que en estos últimos quince años haya períodos en los que el trabajador no hubiese cotizado

---

<sup>30</sup> Sobre las «pensiones máximas», véase *infra*, Tema 13, §5.

<sup>31</sup> Hasta 1997 se tomaban las bases de cotización de los últimos ocho años, pero la Ley 24/1997 extendió este período hasta el actual de 15 años (cfr. disposición transitoria 5ª de la LGSS), lo que supone una clara rebaja de la cuantía de las pensiones.

<sup>32</sup> En efecto, «las bases correspondientes a los 24 meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal» (artículo 162.1.1.1ª de la LGSS).

<sup>33</sup> En efecto, «las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios al Consumo desde el mes a que aquéllas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período a que se refiere la regla anterior» (artículo 162.1.1.2ª de la LGSS).

(períodos conocidos como «lagunas de cotización»), en cuyo caso no se alarga el período, sino que «dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años» (artículo 162.1.2, párrafo primero, de la LGSS)<sup>34</sup>.

Frente a la situación de «laguna» o inexistencia de cotización (situación que perjudica al interesado), podría darse también la situación contraria de elevación de bases, efectuada a título individual y *ad personam*, a favor del trabajador que se jubila (situación que beneficiaría al interesado). No obstante, la LGSS presume que esta elevación individual es fraudulenta cuando «los incrementos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos años, ... sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector»; y por ello, en estos casos, tales incrementos «no se podrán computar» (artículo 162.2)<sup>35</sup>.

La LGSS distingue entre «el *derecho* al reconocimiento de la pensión» y «los *efectos* [económicos] de tal reconocimiento». El *derecho* es imprescriptible, lo que explica que se pueda solicitar en cualquier momento, sin que importe el tiempo transcurrido desde el hecho causante. Sin embargo, conviene que el pensionista no se demore en su solicitud (no más de tres meses), puesto que los *efectos económicos* sólo se producen «a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud» (artículo 164), prescribiendo los que excedan de dicho período de tres meses<sup>36</sup>.

Evidentemente, el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación contributiva ordinaria puede efectuarse artesanalmente, aplicando la fórmula matemática descrita en el artículo 162.1.1 de la LGSS, aunque resulte más cómodo y más expeditivo que el *handmade* utilizar alguno de los programas informáticos específicamente diseñados al efecto. Entre ellos, cabe mencionar sobre todo el que gratuitamente oferta en Internet la propia Administración de la Seguridad Social, bajo el rótulo «Oficina virtual. Usted mismo: programa de autocálculo de pensión de jubilación»<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Si la laguna afecta sólo a una parte del mes, entonces la integración se efectuará únicamente si la base de cotización en cuestión no alcanzase la cuantía de la base mínima mensual señalada (cfr. artículo 162.1.2, párrafo segundo, de la LGSS).

<sup>35</sup> De esta regla se exceptúan «los incrementos salariales que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional», así como los «incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos», salvo que «hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación» (artículo 162.3 y 4 de la LGSS). La LISOS considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, en materia de Seguridad Social, «incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan» [artículo 23.1.e)]. Constatando que «en períodos próximos a la jubilación, los salarios comprendidos en el período de tiempo necesario para el cálculo de las bases reguladoras de la pensión no se ajustaban a los que el actor le hubieran correspondido percibir, y no tienen otra finalidad que la de conseguir una pensión superior a la que en realidad correspondería aplicando unos incrementos objetivamente razonables o normales», véase STSud de 23 noviembre 2006 (Ar. 9113).

<sup>36</sup> Acerca de la existencia de jurisprudencia laboral unificada, «afirmando reiteradamente que “si el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora —que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación— quedó minusvalorado, lo que más tarde fue corregido ..., es lógico mantener —a falta de norma expresa en sentido contrario— que sus efectos deben retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho ..., y ello independientemente de la prescripción [quinquenal] que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica”», véase A. ARUFE VARELA, «¿Computan las cotizaciones ficticias por edad para calcular en España el importe prorrateado de una pensión comunitaria de jubilación?», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7 (2003), pág. 114.

<sup>37</sup> Localizable en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).

§4. En ocasiones, también se puede acceder al cobro de una pensión contributiva de jubilación antes de cumplir la edad ordinaria de sesenta y cinco años, como sucede en los supuestos de jubilación contributiva anticipada<sup>38</sup>. Hasta 31 diciembre 2001, el derecho a jubilarse anticipadamente era un residuo transitorio del que sólo podían beneficiarse los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista (esto es, afiliados a las mutualidades laborales existentes antes de la implantación de nuestro sistema de Seguridad Social) el 1 enero 1967 (que fue la fecha, recuérdese, de efectiva implantación de nuestro sistema de Seguridad Social)<sup>39</sup>, los cuales podían (y siguen pudiendo) acceder a la pensión de jubilación contributiva anticipada a partir de los sesenta años. Pero desde 1 enero 2002<sup>40</sup>, el derecho a jubilarse anticipadamente se ha extendido a otros muchos interesados, pudiendo ejercitarlo también los trabajadores que no hubieran sido mutualistas antes de 1 enero 1967, aunque a partir de los sesenta y un años de edad<sup>41</sup>. Se trata de dos posibilidades diferentes, que cuentan con una regulación específica en la LGSS de los requisitos exigibles en cada caso; regulación que se halla contenida en su disposición transitoria 3ª.1.2ª<sup>42</sup> y en su artículo 161. bis.2<sup>43</sup>, respectivamente. Sin embargo, una y otra posibilidades tienen un denominador común, dado que en ambos casos se reduce la cuantía de la pensión —después de calculada con arreglo al procedimiento descrito antes, a propósito de la pensión de jubilación contributiva ordinaria—, mediante la aplicación de un porcentaje de penalización por cada año que le falte al trabajador en cuestión para cumplir la edad ordinaria de jubilación de sesenta y cinco años.

Así, por ejemplo, a un antiguo mutualista que decida jubilarse anticipadamente hoy, tras cesar en el trabajo de manera voluntaria con sesenta años<sup>44</sup>, se le reducirá su pensión en un 8 por 100 por cada uno de los cinco años que le faltan para cumplir la edad ordinaria, lo

<sup>38</sup> Véase L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, Civitas (Madrid, 1998), págs. 81 y ss.

<sup>39</sup> Sobre el «mutualismo laboral» y las citadas «mutualidades laborales», véase *supra*, Tema 1, §3.

<sup>40</sup> La reforma en cuestión fue operada por el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 diciembre, luego derogado por la Ley 35/2002, de 12 julio.

<sup>41</sup> Véase J.L. TORTUERO PLAZA, «La reforma de la jubilación: una ordenación con múltiples lecturas», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), págs. 19 y ss.

<sup>42</sup> A completar con el contenido de la disposición transitoria 2ª.3 de la Orden de 18 enero 1967, y de la disposición transitoria 1ª del Real Decreto 1132/2002.

<sup>43</sup> Completado por los artículos 1 y 2 del Real Decreto 1132/2002.

<sup>44</sup> «A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma» (disposición transitoria 3ª.1.2ª, párrafo tercero, inciso primero, de la LGSS).



que supone una penalización total del 40 por 100 (dicho en otras palabras, percibiría sólo el 60 por 100 de la cuantía correspondiente a la jubilación contributiva ordinaria)<sup>45</sup>. Si el cese en el trabajo se produjese «como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador»<sup>46</sup> y, además, éste acreditase «treinta o más años de cotización», entonces el porcentaje de penalización oscilaría entre el 7,5 por 100 anual y el 6 por 100 anual, en función del tiempo cotizado por el interesado<sup>47</sup>. Además, el antiguo mutualista puede acceder a la jubilación anticipada aunque no acredite cumplir el período mínimo de cotización sólo en el Régimen General —siempre y cuando alcance a cumplirlo con la suma de cotizaciones acreditadas en otros Regímenes distintos—, pero en este supuesto el porcentaje de penalización a aplicar es siempre y en todo caso, de nuevo, el 8 por 100 anual<sup>48</sup>.

Regla protectora del mutualista es la relativa a que, al efecto de hallar su período de cotización, al tiempo efectivamente cotizado por él hay que sumarle un período bonificado —por razón de la edad que tuviese el 1 enero 1967—, a que se refiere la disposición transitoria 2ª.3 de la Orden de 18 enero 1967. Por ejemplo, a quien tuviese 26 años cumplidos el 1 enero 1967 se le bonificarían 4 años y 42 días de cotización; y a quien tuviese en esa misma fecha veintiún años, se le bonificarían 250 días de cotización<sup>49</sup>.

La nueva jubilación anticipada aparece ligada, fundamentalmente, a procesos de reestructuración de grandes empresas, efectuados por medio de despidos colectivos<sup>50</sup> o de bajas voluntarias incentivadas<sup>51</sup>. En cualquier caso, el trabajador que desee jubilarse

<sup>45</sup> Cfr. disposición transitoria 3ª.1.2ª, párrafo primero, de la LGSS.

<sup>46</sup> En este supuesto, «se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1) de la LGSS (disposición transitoria 3ª.1.2ª, párrafo tercero, inciso segundo, de la LGSS). Al respecto, véase Mª.B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, «Relaciones jurídicas entre la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 270 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. disposición adicional 3ª.1.2ª, párrafo segundo, de la LGSS. Así, entre 30 y 34 años acreditados de cotización, correspondería aplicar un porcentaje de penalización del 7,5 por 100 anual; entre 35 y 37 años, correspondería un 7 por 100; entre 38 y 39 años, un 6,5 por 100; y por último, con 40 ó más años, un 6 por 100.

<sup>48</sup> Cfr. artículo único.3 de la Ley 47/1998, de 23 diciembre. Por todo ello, según resume pedagógicamente reiterada jurisprudencia laboral unificada, «esta regulación consta de dos reglas de reducción de la cuantía de la pensión, una común y otra especial, destinada esta última a determinados supuestos de jubilación forzosa» (por todas, véase *STSud* de 2 diciembre 2003 [Ar. 3731 de 2004]).

<sup>49</sup> Téngase en cuenta que dicha bonificación por edad, establecida en la citada disposición transitoria 2ª.3 de la Orden Ministerial de 18 enero 1967 presupone que el beneficiario tiene cumplidos los períodos de carencia requeridos, pues la misma no sirve «para completar los períodos de carencia necesarios para lucrar la pensión de jubilación» (cfr. *STSud* de 26 junio 2000 [Ar. 5965]).

<sup>50</sup> En este caso, la LGSS exige «que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador», teniendo en cuenta «se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1) de la LGSS [artículo 161.bis.2.d), párrafo primero]. En esta última hipótesis, el trabajador debe esperar un período de seis meses —permaneciendo inscrito como demandante de empleo en la oficina de empleo— antes de solicitar la pensión de jubilación [artículo 161.bis.2.b)].

<sup>51</sup> Supuesto, según la LGSS, que ni la involuntariedad del cese ni el período de espera inscrito como demandante de empleo resultan exigibles para poder acceder a la nueva pensión de jubilación anticipada a los 61 años, con tal que «el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social» [artículo 161.bis.2, párrafo segundo].

anticipadamente debe acreditar «un período mínimo de cotización efectiva de treinta años»<sup>52</sup>. La cuantía de esta pensión contributiva anticipada se calculará conforme al procedimiento previsto para la jubilación contributiva ordinaria, aunque a la cantidad resultante deba aplicársele un porcentaje de penalización, que varía entre el 7,5 por 100 y el 6 por 100 anual, en función del tiempo cotizado<sup>53</sup>.

§5. A partir de 1 enero 2008, en nuestro sistema de Seguridad Social se ha potenciado, reforzado e incentivado más la que cabe denominar jubilación contributiva prorrogada<sup>54</sup> —posible en España desde seis años antes<sup>55</sup>—, cuyo régimen jurídico aparece contenido en el artículo 163.2 de la LGSS. Los requisitos mínimos para poder acceder a esta modalidad de jubilación contributiva —que la Unión Europea pretende fomentar— son edad de 66 años y 15 años de cotización por jubilación, pues sólo puede acceder a ella quien cumpla «una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1.b)»<sup>56</sup>. Se trata de una modalidad de jubilación atractiva para el jubilado, al dar lugar a una jubilación contributiva ordinaria, sí, pero también muy mejorada en tres aspectos (el porcentaje anual de incremento de la base reguladora, el tope porcentual máximo de la propia base reguladora y, por último, la cuantía de la pensión de jubilación contributiva ordinaria). Estas mejoras se materializan en cuatro posibles situaciones típicas distintas, a saber: 1) si el jubilado tuviese entre 15 y 25 años cotizados, entonces el porcentaje anual de incremento de la base reguladora es un 5 por 100 (en vez de sólo el 3 por 100 ordinario); 2) si el jubilado tuviese entre 26 y 35 años cotizados, entonces el porcentaje anual de incremento de la base reguladora es un 4 por 100 (en vez de sólo el 2 por 100 ordinario); 3) si el jubilado tuviese entre 36 y 39 años cotizados, entonces

<sup>52</sup> Véase N. PUMAR BELTRÁN y E. REVILLA ESTEVE, «La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones», en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coordinador), *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, Comares (Granada, 2000), págs. 267 y ss.

<sup>53</sup> Así, entre 30 y 34 años acreditados de cotización, correspondería aplicar un porcentaje de penalización del 7,5 por 100 anual; entre 35 y 37 años, correspondería un 7 por 100; con 38 ó 39 años, un 6,5 por 100; y por último, con 40 ó más años, un 6 por 100.

<sup>54</sup> También doctrinalmente denominada, en ocasiones, «jubilación postergada» [al respecto, véase F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, «Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada)», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, cit., págs. 414 y ss.], o «jubilación retrasada» [véase, J. GÁRATE CASTRO, «La jubilación retrasada», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1241 y ss.].

<sup>55</sup> La posibilidad en cuestión fue materializada, de nuevo, por el citado Real Decreto-ley 16/2001, luego derogado por la citada Ley 35/2002.

<sup>56</sup> Párrafo primero, inciso primero.

cabe superar el 100 por 100 de la base reguladora ordinaria, a razón de un 2 por 100 anual; y 4) si el jubilado tuviese cuarenta o más años cotizados, cabe asimismo superar el 100 por 100 de la base reguladora ordinaria, pero a razón de un 3 por 100 anual<sup>57</sup>. Mejora también evidente, respecto del régimen jurídico aplicable a la pensión de jubilación contributiva ordinaria, es el hecho de que la cuantía de la pensión de jubilación contributiva prorrogada no está topada por la «pensión máxima», sino por un tope cuantitativo distinto y superior, que es «la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento» (artículo 163.2, párrafo tercero, *in fine*).

Así —respecto de esta última mejora—, supuesto que el jubilado con jubilación contributiva prorrogada tuviese derecho a percibir pensión que excediese la cuantía de la pensión máxima (fijada en 2.277,20 euros, para el año 2007, por la Ley de Presupuestos Generales del Estado), entonces tendría derecho a percibir una cantidad adicional cuyo importe, sumado al de la pensión, no puede exceder del límite de la base máxima de cotización (fijado en 2.996,10 euros, para el año 2007, asimismo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado), y que cobraría en catorce pagas anuales<sup>58</sup>.

Para incentivar la jubilación contributiva prorrogada de trabajadores indefinidos, «los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes», siempre que en tales trabajadores indefinidos «concurran las circunstancias de tener cumplidos sesenta y cinco años o más de edad y acreditar treinta y cinco o más años de cotización» (artículo 112.bis de la LGSS). Esta exención no repercute negativamente en el período mínimo de cotización<sup>59</sup>. Tampoco repercute negativamente en el cálculo del cociente o base reguladora de la pensión<sup>60</sup>.

Una pensión de jubilación contributiva ordinaria se puede transformar en prorrogada. En efecto, del incremento anual del 2 por 100 se pueden beneficiar, en su caso (cumplidos los sesenta y cinco años de edad), «las pensiones de jubilación que se encuentren suspendidas en su percibo por la realización de una actividad incompatible con la misma», una vez que recuperen el derecho a percibir la pensión (artículo 3.5, párrafo primero, del Real Decreto 1132/2002). También se puede transformar en prorrogada una pensión de jubilación

---

<sup>57</sup> Todo esto se desprende de las dos siguientes normas de la LGSS: «cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1.b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por ciento por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión», teniendo en cuenta que «dicho porcentaje se elevará al 3 por ciento cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años» (artículo 163.2, párrafo primero); y «el porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión» (artículo 163.2, párrafo segundo).

<sup>58</sup> Cfr. artículo 163.2, párrafo tercero. Sobre los citados topos máximos, véase *infra*, Tema 13, §5.

<sup>59</sup> Puesto que «los años exonerados a que hace referencia el artículo 112 bis de la Ley General de la Seguridad Social se computarán a efectos de aumentar la cuantía de la pensión de jubilación» (artículo 3.4 del Real Decreto 1132/2002).

<sup>60</sup> Cálculo que se efectuará con arreglo a las seis reglas contenidas en el artículo 12 del Real Decreto 1132/2002.

contributiva anticipada, teniendo en cuenta que aquí los nuevos períodos de cotización valen, tanto «para incrementar el porcentaje ordinario sobre la base reguladora», como para «minorar el coeficiente reductor de la pensión de jubilación»<sup>61</sup> (artículo 3.5, párrafo segundo, del Real Decreto 1132/2002).

El fomento por la Unión Europea de esta modalidad de jubilación tiene su base jurídica en la Directriz número 18 de las Directrices para el Empleo (2005-2008), que figuran como Anexo de la Decisión del Consejo de 12 julio 2005, relativa a «promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida», a través de «medidas apropiadas que ... disuadan de la jubilación anticipada» y, también, medidas para «apoyar ... la prolongación de la vida activa».

Por todo ello, no deja de resultar chocante que la Ley 14/2005, de 1 julio, procediese a dar nueva redacción a la disposición adicional 10ª del ET, al efecto de posibilitar la imposición por convenio colectivo de la jubilación forzosa de los trabajadores que cumplan «la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de seguridad social»<sup>62</sup>.

**§6.** Aparte la edad, el segundo elemento clave en la configuración de la contingencia de jubilación es el cese en el trabajo; y por esta razón, en principio, «el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista» (artículo 165.1 de la LGSS). Tal incompatibilidad se predica de la jubilación contributiva ordinaria (y también, de la anticipada y de la prorrogada), pero no de la jubilación contributiva parcial —regulada fundamentalmente en el artículo 166 de la LGSS<sup>63</sup>—, pues este precepto afirma que «el disfrute de la pensión de jubilación parcial ... será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial» (apartado 3). Se trata, por tanto, del supuesto en que un trabajador que desee jubilarse parcialmente sigue trabajando —aunque ahora a tiempo parcial—, pudiendo hacerlo, bien entre los sesenta y los sesenta y cuatro años, ambos incluidos (aunque en este caso dicho trabajador debe cumplir ciertos requisitos legalmente establecidos<sup>64</sup> y, además, la empresa está obligada a celebrar simultáneamente

<sup>61</sup> Por ello, la posibilidad de transformación resulta aquí mucho más atrayente para el perceptor de una pensión de jubilación contributiva ordinaria, sin que importe demasiado el hecho de que el incremento adicional del 2 por 100 sólo opere «una vez que se haya alcanzado el porcentaje del 100 por 100 y suprimido dicho coeficiente».

<sup>62</sup> Véase J. GARCÍA MURCIA, «La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 387 y ss. Apuntando la línea que debería seguirse, desde una perspectiva iuscomparatista, véase A. ARUFE VARELA, «La protección de los intereses del trabajador individual frente a su jubilación forzosa pactada en convenio colectivo. Un apunte de derecho comparado sobre la regulación del tema en las legislaciones laborales y de seguridad social de España y de Francia», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2006), págs. 1027 y ss.

<sup>63</sup> Precepto complementado por la disposición transitoria 17ª de la LGSS y, además, desarrollado por el Real Decreto 1131/2002, artículos 9 a 18. Sobre el tema, véase F.J. CALVO GALLEGOS, *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, CARL-Mergablum (Sevilla, 2002), págs. 109 y ss.; y J. LÓPEZ GANDÍA, *Jubilación parcial*, Bomarzo (Albacete, 2004), págs. 23 y ss.

<sup>64</sup> Se trata de los requisitos fijados en el artículo 166.2 de la LGSS, así como en su disposición transitoria 17ª, relativos sobre todo a la acreditación de cierta antigüedad y de ciertos períodos previos de cotización.

un contrato de relevo con otro trabajador<sup>65</sup>), bien cuando haya «cumplido 65 años de edad» (en cuyo caso, la celebración simultánea de un contrato de relevo resulta posible, pero no obligada).

El trabajador jubilado parcialmente puede acordar con la empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar en cómputo anual se acumulen en un período inferior, dentro del año en cuestión, dando lugar así a lo que la normativa de Seguridad Social denomina «trabajo concentrado»<sup>66</sup>.

No resulta posible cualquier reducción de jornada de trabajo y salario, pues dicha reducción sólo puede oscilar, en principio, «entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo de un 75 por ciento», tomando como referencia la «jornada de un trabajador a tiempo completo comparable» (artículo 166.1 de la LGSS); de manera que la jornada efectiva oscilaría entre un 25 por 100, como mínimo, y un 75 por 100, como máximo.

Para hallar la cuantía de la pensión contributiva parcial —según el artículo 12 del Real Decreto 1131/2002—, debe calcularse primero cuál sería la cuantía de la pensión de jubilación contributiva ordinaria, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante<sup>67</sup>. A continuación, al importe de la pensión resultante habrá que aplicar el mismo porcentaje en que se hubiese reducido la jornada (recuérdese, en principio, entre el 25 y el 75 por 100), obteniendo así la cuantía definitiva. Por tanto, un trabajador que se jubile parcialmente reduciendo su jornada en un 33 por 100, percibirá un 33 por 100 de la que sería en ese momento su pensión de jubilación contributiva ordinaria.

El trabajador jubilado parcialmente puede después, en su momento, «solicitar la pensión de jubilación ordinaria o anticipada en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas» (artículo 18.1 del Real Decreto 1131/2002)<sup>68</sup>.

En tal caso, el tiempo trabajado a tiempo parcial no repercute negativamente en el cálculo de la nueva pensión, ni desde el punto de vista de la base reguladora<sup>69</sup>, ni desde el punto de vista del período de cotización<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Según lo dispuesto en el artículo 12.7.a) del ET, contrato de relevo es el que se celebra «con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada», con objeto —conforme al artículo 12.6, párrafo primero, del ET— «de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente» (sobre esta modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 182).

<sup>66</sup> Sobre esta otra modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 181-182.

<sup>67</sup> Según el artículo 11 del Real Decreto 1131/2002, «el hecho causante de la pensión de jubilación parcial se entenderá producido el día del cese en la jornada de trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se haya suscrito el correspondiente contrato a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el contrato de relevo a que se refiere el artículo anterior».

<sup>68</sup> Razón por la que, entre otros motivos, la pensión de jubilación parcial se extingue por «el reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada, en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas» [artículo 16.b) del Real Decreto 1131/2002].

<sup>69</sup> Porque para su cálculo «se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial», aunque para ello se precisa que dicha situación «se hubiese simultaneado con un contrato de relevo» (artículo 18.2, párrafo primero, del Real Decreto 1131/2002).

<sup>70</sup> Porque «a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora, se tomará, como período cotizado a tiempo completo, el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada, siempre que, en ese período, se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo».

§7. Hasta 31 diciembre 2001, la jubilación parcial era el único supuesto legalmente previsto de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, pero desde 1 enero 2002 —vistas todas las insuficiencias de la jubilación contributiva parcial, al aparecer vinculada al fosilizado contrato de relevo— existe una posibilidad nueva<sup>71</sup>, que es la de la jubilación contributiva flexible<sup>72</sup>. A diferencia de lo que sucede en la jubilación contributiva parcial (en la que el potencial beneficiario es un trabajador que sigue trabajando, a pesar de que se jubila parcialmente), en la situación de jubilación flexible el potencial beneficiario es, en cambio, un pensionista de jubilación que vuelve de nuevo a trabajar, aunque sólo pueda hacerlo a tiempo parcial, dado que «se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial» (artículo 5 del Real Decreto 1132/2002). Siempre según esta norma reglamentaria, mientras dura el nuevo trabajo a tiempo parcial «el importe de la pensión a percibir se reducirá» (artículo 6), pero con la interesante novedad de que, cuando se produzca en su momento el cese en el trabajo, no sólo «se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación», sino que —como medida incentivadora de la vuelta al trabajo habida— «las cotizaciones efectuadas ... surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo» (artículo 8); razón por la cual el pensionista en cuestión cobrará proporcionalmente más, siempre en concepto de pensión de jubilación, que si no hubiese vuelto al trabajo.

Para lograr la mejora de la pensión, reglamentariamente se contemplan las tres medidas siguientes, eventualmente cumulativas: 1) «calcular de nuevo la base reguladora, mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones ..., salvo que ... diese como resultado una reducción del importe de la base»; 2) «la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo período de cotización acreditado»; y 3) «disminuir o, en su caso, suprimir, el coeficiente reductor que se hubiese aplicado ... en el caso de acceso anticipado a la jubilación» (artículo 8.2 del Real Decreto 1132/2002).

En cuanto a la reducción de la pensión de jubilación ordinaria —operación cuyo resultado constituye la cuantía de la pensión de jubilación flexible—, se dispone que dicha pensión «se minorará ... en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista». La reducción de la jornada a tiempo parcial no puede ser inferior

---

<sup>71</sup> Regulada en el artículo 165.1, párrafo segundo, de la LGSS (en la redacción que le dio definitivamente la tan citada Ley 35/2002), y en los artículos 4 a 9 del Real Decreto 1132/2002.

<sup>72</sup> Véase J.L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 107 y ss.; y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La jubilación flexible en la práctica. Con las novedades introducidas por la Ley 35/2002, de 12 julio*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 33 y ss.

al 25 por 100, ni superior al 85 por 100, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable<sup>73</sup>. Por tanto, si la jornada se redujese un 25 por 100 (de manera que se trabajase un 75 por 100), la pensión se reduciría un 75 por 100 y, en consecuencia, la pensión de jubilación flexible sería el 25 por 100 de la antigua pensión de jubilación ordinaria.

En fin, «durante el percibo de la pensión de jubilación flexible, los titulares de la misma mantendrán la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias» (artículo 9 del Real Decreto 1132/2002).

---

<sup>73</sup> Supuesto que el trabajo a tiempo parcial tiene que realizarse «dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 5.1 del Real Decreto 1132/2002).

---

**TEMA 8**

**LAS PRESTACIONES DE PROTECCIÓN CONTRIBUTIVA DE LAS  
«UNIDADES FAMILIARES» EN EL RÉGIMEN GENERAL**

---

**Alberto Arufe Varela**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El auxilio por defunción. §3. La pensión de viudedad. §4. La pensión de orfandad. §5. Las prestaciones en favor de otros familiares de primer y segundo grado. §6. Las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional. §7. Otras prestaciones contributivas familiares de naturaleza no económica.

§1. Sobre la base de que la CE afirma que «los poderes públicos aseguran la protección *social*, económica y jurídica *de la familia*» (artículo 39.1)<sup>1</sup>, el Título II de la LGSS contiene dos capítulos distintos que proyectan la acción protectora del Régimen General sobre situaciones familiares. Se trata del capítulo IX, cuya rúbrica genérica es precisamente la de «Prestaciones *familiares*». Pero también del capítulo VIII, puesto que aunque su rúbrica («Muerte y supervivencia») nada tiene que ver expresamente, en principio, con dicha clase de situaciones, resulta luego que el contenido de sus preceptos se refiere frontalmente a las mismas, evidenciándolo incluso el rótulo de alguno de ellos, como en el caso del artículo 176 (rotulado «prestaciones en favor de *familiares*»).

Las prestaciones por muerte y supervivencia se hallaban reguladas con idéntica rúbrica en la primera Ley general de Seguridad Social de 1966, manteniendo desde entonces la misma denominación.

Las fuentes reguladoras de las prestaciones por muerte y supervivencia se encuentran muy dispersas a nivel reglamentario, pudiendo efectuarse la siguiente clasificación de la normativa reglamentaria vigente sobre el tema: 1) normas de desarrollo directo de la primera Ley general de Seguridad Social, como el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, que aprueba el Reglamento general sobre cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, y la Orden de 13 febrero 1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General

---

<sup>1</sup> Véase M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo blanch (Valencia, 2005), págs. 85 ss.



de la Seguridad Social; 2) normas de desarrollo de otras leyes que modificaron la primera Ley general de Seguridad Social, como el Decreto 1646/1972, de 23 junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social; y 3) normas de desarrollo de leyes que modificaron la vigente LGSS, como el Real Decreto 1647/1997, de 31 octubre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social<sup>2</sup>.

El equivalente del actual capítulo IX del Título II de la LGSS se denominaba, en la primera Ley general de Seguridad Social de 1966, «Protección a la familia». En la versión original de la vigente LGSS, pasó a denominarse «Prestaciones familiares por hijo a cargo»<sup>3</sup>. La rúbrica actual le fue dada por la Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social<sup>4</sup>.

Las prestaciones que regulan ambos capítulos presentan un común denominador claro, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque se trata de prestaciones que desbordan el marco estricto de la familia nuclear tradicional (compuesta por padre y madre casados, que viven con sus hijos), puesto que se proyectan asimismo sobre padre y madre no casados («pareja de hecho», «convivencia del padre y de la madre») —realidad, como se sabe, hoy tan frecuente—, sobre familias «monoparentales» (las constituidas por un solo progenitor con el que convive el hijo), sobre familias constituidas por padre y madre casados o convivientes (o también, por madre y madre casadas o convivientes), e incluso, sobre «parientes» distintos de los citados (como abuelos, hermanos o nietos); todo lo cual justifica —para poder conjugar toda esta variadísima gama de situaciones— que parezca lógico que debamos hablar, en vez de protección de la familia, de protección de las «unidades familiares». En segundo lugar, porque —frente a lo que es regla general en todo el Título II de la LGSS, en el que el adjetivo «causante» aparece ligado siempre al sustantivo «hecho»— aquí, en cambio, el adjetivo «causante» aparece asimismo ligado al sustantivo «sujeto», hablándose —en las prestaciones de muerte y supervivencia— de «sujetos causantes» de tales prestaciones, para referirse a sujetos fallecidos; y de sujeto «causante» —pero ahora en las prestaciones familiares—, para referirse a sujetos nacidos. En tercer lugar, porque —tanto en uno como en otro supuestos— los «beneficiarios»

<sup>2</sup> Véase J.L. TORTUERO PLAZA y J.A. PANIZO ROBLES, «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 961 y ss.

<sup>3</sup> Véase C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Laborum (Murcia, 2005), págs. 16 y ss.

<sup>4</sup> Véase A. PARDELL VEÁ, «Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales», en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coordinadoras), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo (Albacete, 2005), págs. 210 y ss.

de las prestaciones en cuestión resultan ser siempre sujetos distintos de los citados «sujetos causantes», ya se trate de los titulares efectivos de las correspondientes «unidades familiares» o no.

«Unidad familiar» es una expresión que emplea la LGSS hasta en tres ocasiones, dos de las cuales se encuentran precisamente en el capítulo relativo a las «prestaciones familiares».

La expresión «titular efectivo» se toma del Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, allí donde afirma que «por *titular* del hogar familiar se entiende tanto el que lo sea *efectivamente* como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico» (artículo 1.3)<sup>5</sup>.

Como se sabe, desde 3 julio 2005 —tras la modificación del Código Civil— resulta posible en España el matrimonio entre personas «del mismo o de diferente sexo»; desde la promulgación de la Ley 35/2007, de 15 noviembre, se reconocen las familias «monoparentales», a ciertos efectos prestacionales de seguridad social; y desde la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, las parejas de hecho, a efectos sobre todo de la pensión de viudedad, en los términos que se verán luego.

Sobre esta base, la protección contributiva de las «unidades familiares» —esto es, la protección financiada principalmente con cargo a cotizaciones sociales, y no presupuestariamente, vía impuestos—, tal y como obra regulada en los citados capítulos VIII y IX del Título II de la LGSS, resulta decepcionante. Su núcleo más significativo lo constituyen las pensiones de viudedad<sup>6</sup> (cfr. *infra*, §3) —estando prevista una reforma integral de la totalidad de su régimen jurídico<sup>7</sup>— y las pensiones de orfandad (cfr. *infra*, §4), y en menor medida, las prestaciones en favor de otros familiares de primer y segundo grado (cfr. *infra*, §5) y las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (cfr. *infra*, §6) —todas ellas prestaciones por muerte y supervivencia, otorgadas teniendo en mente que el fallecimiento del causante de algún modo constituye un supuesto de «infortunio familiar»<sup>8</sup>—, ocupando el escalón más bajo de la protección el auxilio por

---

<sup>5</sup> Sobre «protección de la unidad familiar de convivencia», véase C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 39 y ss.

<sup>6</sup> Poniendo de relieve que el régimen jurídico de la misma venía estando «dirigido a garantizar una protección cuyo fundamento es la existencia de un vínculo familiar, y no la subsistencia de una efectiva situación de necesidad que deba ser reparada», véase R. QUESADA SEGURA, «Prestaciones por muerte y supervivencia. Pensión de viudedad», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Directores), y M.N. MORENO VIDA y A. VICENTE PALACIO (Coordinadoras), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares (Granada, 2004), pág. 705.

<sup>7</sup> Véase la disposición adicional 25ª de la Ley 40/2007, a cuyo tenor «el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad».

<sup>8</sup> Se trata de una expresión clásica de la legislación de previsión social y de Seguridad Social, que se contiene ya en la Ley de 17 julio 1953, de seguro escolar.

defunción (cfr. *infra*, §2) —también prestación por muerte y supervivencia— y, por último, alguna otra prestación de naturaleza no económica, que constituye la magra protección de nivel contributivo contemplada por la LGSS dentro de las que denomina «prestaciones familiares» (cfr. *infra*, §7). Quizá consciente de lo menguado de esta protección<sup>9</sup>, otras leyes —pero distintas de la LGSS— prevén medidas protectoras adicionales de las «unidades familiares», cualquiera que sea su nivel de renta, al igual que ocurre también, como regla general, en este nivel contributivo del Régimen General de la Seguridad Social.

Entre estas otras leyes distintas de la LGSS, pueden citarse la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección a las familias numerosas, y la Ley 35/2006, de 28 noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre otros.

Según la Ley 40/2003, la regla general —con múltiples excepciones— es que «se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes» (artículo 2.1). Por razón del número de hijos, las familias numerosas pueden ser de categoría «especial» (en principio, las de «cinco o más hijos») o «general» (en principio, «las restantes unidades familiares»). Sobre esta base, la «acción protectora» específica de la Ley 40/2003 incluye ciertos «beneficios sociales»<sup>10</sup>, «beneficios en materia de actividades y servicios públicos o de interés general»<sup>11</sup>, beneficios «en materia de vivienda»<sup>12</sup> y, por último, beneficios «en materia tributaria»<sup>13</sup>.

En cuanto a las medidas protectoras contenidas en la Ley 35/2006, cabe citar la «deducción por maternidad» en la cuota diferencial del impuesto sobre la renta, de la que se pueden beneficiar «las mujeres con hijos menores de tres años ... que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social» (artículo 81.1), consistiendo tal deducción en «minorar la cuota diferencial de este impuesto hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años» (*ibidem*), aunque también se puede «solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el abono de la deducción de forma anticipada», en cuyo caso «no se minorará la cuota diferencial del impuesto» (artículo 83.2)<sup>14</sup>. Y cabe citar, asimismo, la «deducción por nacimiento o adopción», en los términos establecidos en el artículo 81.bis.

**§2.** La primera de las prestaciones contributivas por muerte y supervivencia que la LGSS regula, es la que su artículo 173 denomina «auxilio

<sup>9</sup> Véase J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y R. QUESADA SEGURA, *Manual de Seguridad Social*, 3ª ed., Tecnos (Madrid, 2007), págs. 339-341.

<sup>10</sup> Por ejemplo, la bonificación de cuotas a la Seguridad Social en caso de «contratación de cuidadores» (cfr. su artículo 9).

<sup>11</sup> Por ejemplo, el derecho de preferencia para la concesión de becas y ayudas en materia educativa, así como para la adquisición de libros y demás material didáctico (cfr. su artículo 11), o exenciones y bonificaciones en diversas tasas y precios (cfr. su artículo 12).

<sup>12</sup> Por ejemplo, el incremento del límite de ingresos computables para el acceso a viviendas protegidas [cfr. su artículo 15.1.a)].

<sup>13</sup> Por ejemplo, beneficios fiscales para compensar a las rentas familiares en función de las cargas que soportan (cfr. su artículo 16).

<sup>14</sup> Según el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 marzo, «el abono de la deducción de forma anticipada se efectuará, mediante transferencia bancaria, por la Agencia Estatal de Administración Tributaria mensualmente y sin prorrateos por un importe de 100 euros por cada hijo» [artículo 60.5.2º.c)].

por defunción»<sup>15</sup>. Según este precepto, el objeto del «auxilio» es «hacer frente a los gastos de sepelio» del trabajador causante fallecido, previéndose que su cuantía —que desde 1966 permanecía congelada en «cinco mil pesetas [esto es, 30 euros y 5 céntimos]»<sup>16</sup>— se incrementa «en un 50 por ciento en los próximos cinco años» —esto es, entre 2008 y 2012—, aunque parezca increíble a razón sólo «de un 10 por ciento anual» (esto es, sólo 3 euros por año), en todo tipo de casos<sup>17</sup>. El beneficiario de esta prestación es el integrante de la unidad familiar que hubiera soportado los gastos del sepelio, presumiéndose a este concreto efecto, salvo prueba en contrario, que dichos gastos «han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente»<sup>18</sup>.

La regulación esperpéntica de este tema en el Régimen General contrasta, por ejemplo, con la de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, la cual otorga un «subsidio por defunción» —a no confundir con la denominada «ayuda de sepelio»<sup>19</sup>— cuya cuantía varía en función de la edad del causante<sup>20</sup>. Dicha cuantía variable no puede nunca ser inferior a 1.502,53 euros (esto es, 250.000 de las antiguas pesetas), pudiendo incluso alcanzar un máximo —si el causante falleciese a la edad de cuarenta años— de 7.512,80 euros (esto es, 1.250.025 de las antiguas pesetas). Además, su beneficiario puede ser no sólo el cónyuge del funcionario fallecido, sino también la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad a la de cónyuge.

§3. A continuación, el artículo 174 de la LGSS procede a regular la «pensión de viudedad», que es sin duda la más capital de las prestaciones otorgadas por el Régimen General en caso de muerte y supervivencia<sup>21</sup>. El supuesto más típico es el de la pensión vitalicia que cobra

<sup>15</sup> Véase J. GARCÍA VIÑA y M.P. RIVAS VALLEJO, *Las prestaciones de supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, Cedecs (Barcelona, 1996), págs. 57 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 30 del Decreto 3158/1966.

<sup>17</sup> Cfr. disposición adicional décima de la citada Ley 40/2007.

<sup>18</sup> En cuanto al sujeto causante, habrá que estar a lo dispuesto genéricamente en el artículo 172 de la LGSS, puesto que ni ésta, ni su normativa de desarrollo, exigen el cumplimiento de requisito adicional alguno.

<sup>19</sup> Que percibe, en su variante principal, el funcionario mutualista —siendo causante de la misma alguno de los beneficiarios de dicho funcionario (como, por ejemplo, su cónyuge o hijos)—, teniendo en cuenta que su cuantía «se fijará y, en su caso, se actualizará por Orden del Ministro de Administraciones Públicas» (cfr. artículo 134 del Reglamento general del mutualismo administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 marzo), alcanzando a día de hoy un importe de 450,76 euros (esto es, 75.000 de las antiguas pesetas).

<sup>20</sup> Véase artículo 133 del citado Reglamento general del mutualismo administrativo, desarrollado por Orden APU/95/2004, de 12 enero.

<sup>21</sup> Véase M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, CARL-Mergablum (Sevilla, 2002), págs. 77 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, *La pensión de viudedad*, BOE (Madrid, 2004), págs. 11 y ss.; y J. LÓPEZ LÓPEZ, «Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género», en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coordinadoras), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, cit., págs. 103 y ss.

uno de los cónyuges (o «cónyuge superviviente») tras el fallecimiento de su cónyuge causante, sea éste trabajador, perceptor de prestaciones periódicas o pensionista. Al efecto, este precepto exige el cumplimiento de determinados requisitos específicos, tanto relativos al sujeto fallecido o «causante», como relativos al sujeto superviviente o «beneficiario».

Las SsTC 103/1983, de 22 noviembre, y 104/1983, de 23 noviembre, declararon parcialmente inconstitucional el antiguo artículo 160 de la Ley general de Seguridad Social de 1974, dado que discriminaba al viudo, al exigir que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitado para el trabajo y a su cargo. De ahí que el artículo 174 de la LGSS hable ahora con neutralidad del «cónyuge superviviente». Hoy, por lo tanto, el viudo y la viuda tienen idénticos derechos.

La LGSS también considera causantes «los trabajadores que hubieran 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 noventa días naturales siguientes al del accidente» (artículo 172.3)<sup>22</sup>.

Además, si los causantes fuesen pensionistas de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de riesgos profesionales, la LGSS los reputa «de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional» (artículo 172.2, párrafo primero). Si la incapacidad permanente fuese total, entonces «deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional» (artículo 172.2, párrafo segundo)<sup>23</sup>. Nada de ello repercute en la fórmula de cálculo de la cuantía de la pensión, puesto que «el artículo 172.2 ... resulta aplicable a otros efectos, entre los que puede citarse [aparte la eventual percepción de indemnizaciones especiales por fallecimiento a causa de riesgos profesionales] la determinación de la entidad [INSS o mutua aseguradora] que ha de asumir el pago de las prestaciones»<sup>24</sup>.

En cuanto al «causante», nada se le exige por parte de la LGSS, si tuviese la condición de pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributivas<sup>25</sup>. Si tuviese la condición de perceptor periódico (por ejemplo, desempleado o incapaz temporal subsidiados), la LGSS le exige, como regla —supuesto que su fallecimiento se produzca

---

<sup>22</sup> Por tanto, se equipara «al supuesto normal de muerte constatada el de muerte presunta por desaparición del sujeto que haya sido víctima de un accidente y no da noticias transcurridos noventa días naturales», con la finalidad «de adelantar la protección a los posibles beneficiarios ante la situación de necesidad originada por la desaparición del presunto fallecido en accidente, reduciendo, en tal supuesto excepcional, los plazos de dos y tres años que para la declaración de fallecimiento de los desaparecidos en situaciones de peligro o riesgo se establecen en los arts. 193.3 y 194 del Código Civil, preceptos que, en cuanto establecen tales plazos mayores al de noventa días contenido en ... la Ley General de la Seguridad Social de 1974, devienen inaplicables en materia de Seguridad Social» (cfr. STSJ Cataluña de 7 marzo 1995 [Ar. 1116]).

<sup>23</sup> Según el mismo precepto, si la incapacidad permanente total derivase en su día de accidente de trabajo, la prueba se admite sólo cuando «el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente»; en cambio, en caso de enfermedad profesional, la prueba se admite «cualquiera que sea el tiempo transcurrido» (artículo 172.2, párrafo segundo).

<sup>24</sup> Cfr. STSud de 14 mayo 2002 (Ar. 7559).

<sup>25</sup> Porque en todo caso, de acuerdo con el artículo 172.1.c) de la LGSS, tienen la condición de sujeto causante «los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación, ambos en su modalidad contributiva».

por enfermedad común—, un período previo de cotización de al menos «quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión»<sup>26</sup>. Si fuese un trabajador, la LGSS le exige, como regla —supuesto que su fallecimiento se produzca por enfermedad común o accidente no laboral—, que «al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta»<sup>27</sup>, y además, el cumplimiento del mismo período de cotización a que acaba de aludirse (aunque esto último, sólo si su fallecimiento se hubiese producido por causa de enfermedad común)<sup>28</sup>.

Existen supuestos excepcionales —parece que relativos a matrimonios contraídos con causa desviada, al solo efecto de causar derecho a la pensión de viudedad— en los que la LGSS exige más, pues «en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes» (artículo 174.1, párrafo tercero, inciso primero).

En estos casos excepcionales, supuesto que no se cumplan los recién citados requisitos adicionales, se puede causar el derecho no a pensión de viudedad, sino a la denominada «prestación temporal de viudedad», pues «cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de requisitos enumerados en el apartado 1 del artículo 174, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años» (artículo 174.bis); prestación temporal asimismo causable, aunque todavía con más requisitos adicionales —algo así como la excepción de la excepción de la excepción—, en el caso de los convivientes parciales de hecho<sup>29</sup>.

Para facilitar el cumplimiento del período mínimo de cotización, en supuestos en los que el causante falleciese estando en «situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar» (por ejemplo, el caso relativamente frecuente del desempleado que permanece inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo, tras haber agotado las prestaciones por desempleo, cualquiera que fuese el nivel de protección de las mismas), el período de referencia de cinco años comienza a contar —siempre hacia atrás— desde «la fecha en que cesó la obligación de cotizar», de manera que el período transcurrido entre esta última fecha y la del fallecimiento constituye un tiempo neutro que no perjudica al beneficiario, a estos concretos efectos<sup>30</sup>. En tal caso, la inscripción como demandante de empleo tiene

<sup>26</sup> Cfr. artículo 174.1, párrafo primero.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Porque «si la causa de la muerte fuere un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización» (artículo 174.1, párrafo primero, inciso tercero).

<sup>29</sup> En efecto, según el artículo 174.1, párrafo tercero, inciso segundo, «no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial [de un año] cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

<sup>30</sup> Cfr. artículo 174.1, párrafo primero, inciso segundo —tras su modificación por la Ley 52/2003, de 10 diciembre—, haciéndose eco de doctrina jurisprudencial «humanizadora» (que registra, por ejemplo, una STSud de 19 julio 2001 [Ar. 580 de 2002]).

que mantenerse en principio ininterrumpidamente. No obstante, de manera excepcional, la jurisprudencia laboral estima que ciertas rupturas temporales no apartan al desempleado de esta concreta situación asimilada al alta<sup>31</sup>; y ello, aun en el caso de que la inscripción llegase a faltar en el momento del fallecimiento<sup>32</sup>.

Téngase en cuenta que el artículo 172.1 de la LGSS considera sujetos causantes, de un lado, a «los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido» [letra b)]; y de otro lado, a «las personas integradas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 124» [letra a)], esto es, a los afiliados y en alta o situación asimilada a la de alta, teniendo en cuenta que se encuentran en situación asimilada a la de alta los desempleados perceptores de la prestación básica por desempleo (o de nivel contributivo) y los desempleados perceptores de la prestación complementaria por desempleo (o de nivel asistencial)<sup>33</sup>. Ahora bien, dado que el desempleado perceptor de la prestación complementaria no cotiza por enfermedad común<sup>34</sup>, sólo será considerado sujeto causante de la pensión si acredita el período previo de cotización, precisamente desde que cesó la obligación de cotizar por dicho riesgo.

Supuesto que el causante no tuviese la condición de pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributivas, la LGSS admite incluso —como cláusula de cierre— que pueda causar la pensión quien «no se encuentre en alta o situación asimilada a la de alta», aunque en este caso exigiéndosele al causante que «hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años» (artículo 174.1, párrafo segundo).

En cuanto al sujeto superviviente o «beneficiario», la LGSS le exige, en principio, ser o haber sido «cónyuge legítimo» (y por tanto, estar o haber estado unido al fallecido por medio de unión matrimonial)<sup>35</sup>, aunque al día de hoy la unión como pareja de hecho, incluso homosexual, también genera el correspondiente derecho a pensión de viudedad, pero teniendo en cuenta que no existe igualdad entre cónyuge supérstite y conviviente de hecho supérstite —en cuanto a los requisitos exigibles para poder causar derecho a la pensión—, pues al conviviente de hecho supérstite se le exigen dos requisitos más —uno de los cuales acredita incluso que más que de parejas de hecho reales se trata,

<sup>31</sup> Cfr. STSud de 19 julio 2001 (cit.).

<sup>32</sup> Cfr. STSJ La Rioja de 13 mayo 2004 (Ar. 1960).

<sup>33</sup> Véase artículo 36.1.º del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

<sup>34</sup> Cfr. artículo 218.1 de la LGSS.

<sup>35</sup> Sobre el tema de «los matrimonios aparentemente existentes y la pensión de viudedad», defendiendo numantamente que existe derecho a percibir pensión de viudedad en casos de matrimonio islámico poligámico, de matrimonio putativo y de matrimonio gitano, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley (Madrid, 2004), págs. 15 a 21. Sosteniendo, en cambio, que el matrimonio por el rito gitano —cuya existencia acredita como costumbre inveterada la Novísima Recopilación de 1805— es una mera unión de hecho, véase la injusta STC 69/2007, de 16 abril. Véase, además, C. FERREIRO REGUEIRO, «Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo», *Aranzadi Social*, 2003-V, págs. 472 y ss.; y R. LÓPEZ MOSTEIRO, «La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social», en el vol. *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*, Gobierno de Cantabria-Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico (Santander, 2003), págs. 1321 y ss.

en verdad, de parejas de hecho oficiales—, relativos a su nivel de rentas o ingresos<sup>36</sup> y al tiempo de convivencia de hecho con el causante<sup>37</sup>. La LGSS habla de ser o haber sido («quien ... sea o haya sido») cónyuge legítimo, por causa de que el beneficiario de la pensión puede ser uno o varios, esto último en los supuestos de nulidad matrimonial o divorcio. En todos estos casos de pluralidad de beneficiarios (por ejemplo, causante divorciado que luego volvió a contraer nuevo matrimonio), la pensión de viudedad es siempre «única», sin perjuicio de que se reparta entre todos ellos, como regla general, en proporción al tiempo que hubiesen convivido con el causante en cuestión.

Rectificando jurisprudencia laboral tradicional sobre el reparto de la pensión de viudedad en caso de pluralidad de beneficiarios<sup>38</sup>, la LGSS —con efectos de 1 enero 2008— dispone ahora que «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad» (artículo 172.2, párrafo segundo)<sup>39</sup>

En los casos de separación, divorcio o nulidad con un único beneficiario, la LGSS —asimismo con fecha de efectos de 1 enero 2008— distingue dos supuestos distintos. De un lado, «en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien ... sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho» (artículo 174.2, párrafo primero, inciso primero), teniendo en cuenta «que el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a

<sup>36</sup> Al respecto, la LGSS dispone que «tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditará que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período» (artículo 174.3, párrafo primero, inciso primero), teniendo en cuenta que «dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de viudedad» (*ibidem*, inciso segundo), y además, que en todo caso «también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante» (artículo 174.3, párrafo segundo, inciso primero).

<sup>37</sup> Sobre la base de que, según la LGSS, «a efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal ..., por quienes ... acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años» (artículo 174.3, párrafo cuarto, inciso primero), teniendo en cuenta que «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja» (*ibidem*, inciso segundo), y además, que «tanto la mencionada 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» (*ibidem*, inciso tercero).

<sup>38</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 1ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2005), págs. 134-135.

<sup>39</sup> Y lo mismo, en principio, para el caso de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el propio artículo 174.2, pero en su párrafo tercero, inciso segundo *in fine*.



que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante» (*ibidem*, inciso segundo). De otro lado, «en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho» (artículo 174.2, párrafo tercero, inciso primero), teniendo en cuenta que «dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante» (*ibidem*, inciso segundo).

El tema de las parejas de hecho vino suscitando una abundante litigiosidad desde la década de los años 80 del siglo pasado<sup>40</sup>. Pero el TC validaba la exigencia legal de que mediase unión matrimonial, denegando sistemáticamente el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en caso incluso de parejas de hecho heterosexuales, aunque —según él— «el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas ocasiones, los beneficios de la pensión de viudedad», sobre todo «si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida»<sup>41</sup>. En consecuencia, concluía que «en su mano tiene el legislador la posibilidad de extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables sean o no heterosexuales»<sup>42</sup>.

El procedimiento para la fijación de la cuantía de la pensión de viudedad exige realizar dos operaciones. En primer lugar, determinar la base reguladora de la pensión, que en el caso más común —el de muerte de pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributivas— «será la misma [base reguladora] que sirvió para determinar su pensión»<sup>43</sup>. En segundo lugar, aplicar un porcentaje a esta base reguladora, teniendo en cuenta que este porcentaje es, como mínimo, el 52 por 100<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Analizando los casos más significativos del TC, en relación con parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 7 a 11 y 13 a 15.

<sup>41</sup> Cfr. STC 184/1990, de 15 noviembre.

<sup>42</sup> Cfr. ATC 222/1994, de 11 julio.

<sup>43</sup> Artículo 7.3, inciso primero, del Decreto 1646/1972. Según STSud de 14 mayo 2002 (Ar. 7559), la base reguladora del causante pensionista por incapacidad permanente contributiva, derivada de riesgos profesionales, se calcula de esta manera, incluso si el fallecimiento se hubiese producido por riesgos comunes, pues a tales efectos no juega lo dispuesto en el artículo 172.2, párrafo segundo, de la LGSS. Por ello, también sostiene la jurisprudencia que «es incuestionable que la base reguladora para el cálculo de la pensión de viudedad ... ha de ser la misma que sirvió para determinar la pensión de invalidez del causante ..., con independencia de cuál haya sido la contingencia determinante de la muerte», aunque «no puede olvidarse que la base reguladora de la pensión de [Incapacidad] P[ermanente] T[otal] derivada de accidente de trabajo es de cómputo anual, no mensual, por cuanto se calcula sobre los salarios reales percibidos en el año anterior al accidente, [incluidas] las pagas extraordinarias», por lo que dicha base reguladora habrá «después [que] dividir[la]... por 12 ó 14, según que la contingencia determinante del fallecimiento sea profesional o común ..., teniendo en cuenta que, en caso de fallecimiento del inválido por contingencia común, el viudo/viuda percibirá dos mensualidades extras de pensión (art. 42 LGSS)» (cfr. STSJ Cataluña de 10 marzo 2004 [Ar. 1831]).

<sup>44</sup> En el caso más común de que estamos hablando —recuérdese, el de muerte de pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributivas—, puede suceder que transcurra un lapso de tiempo considerable entre las fechas de los respectivos hechos causantes (el de la incapacidad permanente o jubilación, primero, y el de la viudedad, después). Lógicamente, el transcurso del tiempo en tales casos provoca que la base reguladora que sirvió en su día para calcular la pensión de incapacidad permanente o jubilación contributivas se quede pequeña después, al tiempo de calcular la cuantía de la pensión de viudedad. Por ello, el propio artículo 7.3 del Decreto 1646/1972 dispone que «la cuantía de la pensión se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven» (inciso segundo).

El porcentaje a aplicar fue fijado inicialmente por el Decreto 3158/1966 (norma ésta, como se sabe, aún vigente), situándolo en el 45 por 100 de la base reguladora correspondiente al causante. Este porcentaje ha venido siendo elevado progresivamente<sup>45</sup>, primero al 46 por 100<sup>46</sup>, después al 48 por 100<sup>47</sup> y, por último, al actual 52 por 100<sup>48</sup>. Hasta la fecha de su primera elevación, el porcentaje originario del 45 por 100 era único para todas las pensiones de viudedad, pero desde entonces todos los porcentajes citados —incluido el actual del 52 por 100— son mínimos.

En efecto, desde 1 enero 2002, el porcentaje a aplicar a la base reguladora cabe incluso que alcance el 70 por 100. Pero esto es sólo una excepción, pues para alcanzar semejante porcentaje deben cumplirse tres requisitos distintos que dificultan su generalización. Y es que, este porcentaje máximo del 70 por 100 sólo procederá aplicarlo cuando «la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, aquéllos no superen la cuantía a que se refiere el párrafo siguiente y el pensionista tenga cargas familiares»<sup>49</sup>.

Si el fallecimiento del causante —supuesto que no sea pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributivas— deriva de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora «será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión» (artículo 7.2 del Decreto 1646/1972). En cambio, si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, «la base reguladora se determinará, en todos los casos, sobre las retribuciones efectivamente percibidas» [artículo 9.d) de la Orden de 13 febrero 1967]<sup>50</sup>.

El derecho al reconocimiento de la pensión es imprescriptible, aunque conviene no demorarse en la solicitud, dado que los efectos económicos del reconocimiento no se pueden retrotraer más de tres meses, a

<sup>45</sup> En cumplimiento de la Recomendación núm. 12 del «Pacto de Toledo» de 1995, allí donde proponía «reforzar el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como ... la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos».

<sup>46</sup> Por Real Decreto 1465/2001, de 27 diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia (cfr. su artículo 1.1).

<sup>47</sup> Por Real Decreto 1425/2002, de 27 diciembre, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2003 (cfr. su disposición final 1ª.1).

<sup>48</sup> Por Real Decreto 1795/2003, de 26 diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad (cfr. su artículo 1.uno).

<sup>49</sup> Artículo 31.2, párrafo primero, del Decreto 3158/1966, modificado por Real Decreto 1465/2001. Según este mismo precepto, los requisitos exigidos podrían no cumplirse en el momento inicial, pero sí después, en cuyo caso procedería la aplicación sobrevenida del porcentaje del 70 por 100, la cual «tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la fecha en que se efectúe la correspondiente solicitud» (párrafo quinto). Igualmente, los tres requisitos mencionados deben «concurrir durante todo el período de percepción de la pensión», por lo que «la pérdida de alguno de ellos motivará la aplicación del porcentaje [del 52 por 100]..., con efectos desde el día uno del mes siguiente a aquel en que deje de concurrir alguno de los requisitos» (artículo 31.4, párrafo primero, del Decreto 3158/1966).

<sup>50</sup> A estos efectos, continúa siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 60.2º del Reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio 1956, según el cual el «salario base anual de la pensión o renta por ... muerte» se calculará tomando, entre otros elementos, el «jornal o sueldo diario» (que es «el que por jornada normal de trabajo perciba el trabajador en la fecha del accidente [y] se multiplicará por los trescientos sesenta y cinco días del año») y las «gratificaciones o pagas extraordinarias» (que «serán incluidas por su importe total anual»), teniendo en cuenta «que no es posible, cuando el trabajador percibe una determinada remuneración superior a la prevista en el convenio, acudir al salario fijado en el mismo» (cfr. STSJ Cataluña de 23 octubre 2003 [Jur. 7482 de 2004]).

contar desde la fecha de solicitud<sup>51</sup>. Además, la pensión de viudedad es compatible con el trabajo del beneficiario, cualquiera que sea el trabajo en cuestión, por cuenta ajena o por cuenta propia. Sin embargo, en principio, resulta incompatible con una nueva unión matrimonial o extramatrimonial oficial del beneficiario<sup>52</sup>, pues —según el apartado 4 del artículo 174 de la LGSS— «en todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente»<sup>53</sup>.

Estas excepciones son las previstas en los reglamentos vigentes con anterioridad a la enmienda del recién citado precepto de la LGSS operada por la Ley 40/2007, lo que provoca algún problema de inseguridad jurídica. En cualquier caso, en estas normas reglamentarias se sienta la regla general de extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevas nupcias el beneficiario antes de cumplir la edad de sesenta y dos años<sup>54</sup>. Sobre esta base, cabe excepcionalmente que si el pensionista contrajese nuevas nupcias siendo mayor de sesenta y un años, pueda mantener la pensión de viudedad, sólo tras la reforma del artículo 11.1 de la Orden de 13 febrero 1967, por el Real Decreto 1465/2001. Sin embargo, este precepto reformado no generaliza dicha posibilidad de mantenimiento o no extinción de la pensión, pues la sujeta al cumplimiento de otros dos requisitos —a sumar al de la edad del pensionista—,

<sup>51</sup> Véase M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «Una variante de la pensión de viudedad o, de nuevo, sobre el sistema público de Seguridad Social. Adquisición del derecho y prescripción del mismo», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. IX, Civitas (Madrid, 1992), págs. 339 y ss.

<sup>52</sup> En caso de unión extramatrimonial meramente real, perviviría la doctrina de las SsTC 126/1994, de 25 abril, y 125/2003, de 19 junio. Esta última concluye que es inconstitucional la remisión que la regla 5ª de la disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 julio, efectuaba al artículo 101 del Código Civil (según el cual, «el derecho a la pensión [civil por separación o divorcio] se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o *por vivir maritalmente con otra persona*»), declarando que es inconstitucional «en su referencia a la concreta causa de extinción ... de “vivir maritalmente con otra persona”», por violar «la prohibición de discriminación [del artículo 14 CE] en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”». Véase I. ALZAGA RUIZ, «Las uniones de hecho como causa de extinción de la pensión de viudedad», en E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO (Coordinadores), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 295 y ss. Además, J.L. TORTUERO PLAZA, «Sobre la inconstitucionalidad de la disposición adicional décima, regla 5ª, de la Ley 30/1981, de 7 de julio», en M. ALONSO OLEA y A. MONTIYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXI, Civitas (Madrid, 2004), págs. 203 y ss.

<sup>53</sup> Sobre la posibilidad de recuperar una pensión de viudedad extinguida, en caso de nulidad del segundo matrimonio, véase A. ARUFE VARELA, «Nulidad de matrimonio y rehabilitación de pensión de viudedad previamente extinguida (a propósito de una STSud de 28 julio 2000 [Ar. 8332])», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6 (2002), págs. 855 y ss. Acerca de alguna causa «histórica» de extinción de la pensión, sorprendentemente litigada, véase M.A. PÉREZ ALONSO, *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 181 y ss. En relación con la eventual pérdida de la pensión en supuestos de violencia de género, véase la disposición adicional 1ª.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>54</sup> Véase el artículo 11.1 de la Orden de 13 febrero 1967, reformado por el Real Decreto 1465/2001.

relativos a los ingresos del propio pensionista<sup>55</sup> y a los ingresos del nuevo matrimonio<sup>56</sup>. A cambio de introducir esta posibilidad —tan limitada, todo hay que decirlo— de mantener la pensión de viudedad tras las nuevas nupcias, la propia reforma de 2001 eliminó la indemnización a tanto alzado —consistente en veinticuatro mensualidades de la pensión— que, hasta la fecha de la reforma, tenía derecho a percibir el pensionista que contrajese nuevas nupcias con menos de sesenta años.

**§4.** Inmediatamente a continuación de la pensión de viudedad, el artículo 175 de la LGSS regula la «pensión de orfandad». Lógicamente, esta pensión puede ser causada por un trabajador, por un perceptor periódico de prestaciones o por un pensionista por incapacidad permanente o jubilación —aunque esto último sea lo menos probable—, exigiéndoles el cumplimiento de los mismos requisitos legalmente exigidos para causar la pensión de viudedad, que acaban de verse, salvo el de cotización previa (que no se exige, cualquiera que sea la causa de fallecimiento) e, incluso, el de alta previa (que tampoco se exige, supuesto que hubiese cotizado un período mínimo de quince años)<sup>57</sup>. Por su parte, en principio, beneficiario es aquí «cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de dieciocho años»<sup>58</sup>, aunque —con toda lógica— la pensión «se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios»<sup>59</sup>. También en principio, la cuantía de la pensión de orfandad equivale al 20 por 100 de la base reguladora, calculada de igual manera que para proceder al cálculo de la pensión de viudedad, aunque deba tenerse en cuenta lo siguiente: 1) que puede existir más de un huérfano, en cuyo caso deben concederse tantas pensiones de orfandad como huérfanos beneficiarios haya; 2) que la suma de las cuantías de las pensiones de orfandad más la suma de la cuantía de la pensión de viudedad no puede sobrepasar, en principio, el 100 por 100

<sup>55</sup> Puesto que la pensión de viudedad sólo se puede mantener si constituye «la principal o única fuente de rendimientos» del pensionista, esto es, «cuando el importe anual de la misma ... representa, como mínimo, el 75 por 100 del total de ingresos de aquél, en cómputo anual» [apartado b)].

<sup>56</sup> Puesto que la pensión de viudedad sólo se puede mantener si el matrimonio tiene «unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión ... de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, el salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento» [apartado c)].

<sup>57</sup> En efecto, el artículo 175.1 sólo exige que el sujeto causante «se encuentre en alta o en situación asimilada al alta» (inciso primero), teniendo en cuenta que «será de aplicación, asimismo ..., lo previsto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 174 de esta Ley» (inciso segundo).

<sup>58</sup> Quedan incluidos los hijos «que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio», en los términos que establece el artículo 9.3 del Real Decreto 1647/1997. Sobre el tema (filiación por naturaleza, filiación por adopción, hijos aportados por el cónyuge superviviente, hijos póstumos, etc.), véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Pensiones de orfandad*, Marcial Pons (Madrid, 1999), págs. 95 y ss.

<sup>59</sup> Acerca de alguna eventual excepción, ligada a supuestos de violencia de género, véase la disposición adicional 1ª.2 de la Ley Orgánica 1/2004.

de la base reguladora correspondiente<sup>60</sup>; y 3) que a la cuantía de la pensión de orfandad debe sumársele el importe de la pensión de viudedad —tanto si al tiempo de fallecimiento del cónyuge causante no quedase cónyuge superviviente, como si este último falleciese después—, la cual deberá adjudicarse a partes iguales entre todos los huérfanos beneficiarios<sup>61</sup>. Por supuesto, un mismo huérfano puede llegar a ser beneficiario de dos pensiones de orfandad distintas, causadas por su padre y por su madre, dado que estas dos pensiones «serán compatibles entre sí»<sup>62</sup>.

La LGSS eleva el límite de edad hasta los veintidós años —o veinticuatro, de no sobrevivir ninguno de los padres— si el huérfano continúa con sus estudios<sup>63</sup>, ordenando que la pensión se abone «directamente al beneficiario»<sup>64</sup>.

Además, elimina el límite de edad si, al tiempo del fallecimiento, los huérfanos están «incapacitados para el trabajo»<sup>65</sup>.

También extiende su protección a los huérfanos «mayores de cuarenta y cinco años», no casados, que sean hijos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente; aunque lo hace de manera asistemática, pues tal extensión se encuentra en su artículo 176.2<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. artículos 179.4 de la LGSS, 36.2 del Decreto 3158/1966 y 18 de la Orden de 13 febrero 1967. Según el primero de estos preceptos, «sin perjuicio de lo previsto con carácter general en este apartado, el límite establecido podrá ser rebajado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70 por ciento, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48 por ciento de la base reguladora que corresponda»; y de ahí que deba interpretarse, parece, que dos huérfanos concurrentes con el viudo o la viuda cobrarían íntegro su porcentaje, mientras que tres huérfanos concurrentes con el viudo o la viuda solamente cobrarían el 16 por ciento.

<sup>61</sup> Cfr. artículos 36.2 del Decreto 3158/1966 y 17.2 de la Orden de 13 febrero 1967. Cuando uno de los huérfanos cumpla la edad establecida para la extinción de la pensión, «la parte de porcentaje de la viudedad que le hubiese correspondido en su día pasará a incrementar la pensión de orfandad de los restantes beneficiarios» (artículo 21.3 de la Orden de 13 febrero 1967).

<sup>62</sup> Cfr. artículos 36.3 del Decreto 3158/1966 y 17.3 de la Orden de 13 febrero 1967. Sobre el tema, véase C. RIERA VAYREDA, *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 111 y ss.

<sup>63</sup> En efecto, la elevación del límite tiene lugar cuando el huérfano «no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual» (artículo 175.2, desarrollado por artículo 9 del Real Decreto 1647/1997). Según este último precepto, la pensión «quedará en suspenso cuando los beneficiarios, mayores de dieciocho años, concierten un contrato laboral ... o efectúen un trabajo por cuenta ajena». Luego, «el derecho a la pensión se recuperará cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalice la prestación por desempleo».

<sup>64</sup> Cfr. artículo 11.b) del Real Decreto 1647/1997.

<sup>65</sup> Téngase en cuenta que «en los casos de huérfanos, mayores de 18 años e incapacitados para todo trabajo que, a su vez, acrediten los requisitos establecidos para acceder a la asignación económica por hijo minusválido a cargo mayor de 18 años, la cuantía de la pensión de orfandad ... se incrementará con el importe, en cómputo anual, de la asignación que, en cada ejercicio económico, esté establecida a favor del hijo a cargo mayor de 18 años, en función del grado de minusvalía acreditado» (cfr. artículo 36.1, párrafo segundo, del Decreto 3158/1966, en la redacción que le dio el Real Decreto 364/2004, de 5 marzo).

<sup>66</sup> Según este precepto, debe tratarse de hijos que hubieran «convivido con el causante y a su cargo», que acrediten «dedicación prolongada al cuidado del causante» y, además, que carezcan «de medios propios de vida». El tema consta cumplidamente analizado en L. MELLA MÉNDEZ, «Notas sobre la prestación en favor de familiares», *Tribuna Social*, núm. 126 (2001), págs. 33 y ss.

§5. Tras la pensión de viudedad y la pensión de orfandad, el artículo 176 de la LGSS regula las que denomina «prestaciones en favor de familiares», en principio previstas para proteger familiares distintos de la viuda y los huérfanos del causante, y vinculados a este último con parentesco de primer o segundo grado<sup>67</sup>. La regla es que estos familiares distintos del fallecido sean su padre y sus abuelos (siempre que tengan sesenta años o estén incapacitados para el trabajo), su madre y sus abuelas (siempre que no estén casadas con persona capacitada para trabajar), y sus nietos y nietas y hermanos y hermanas (en principio, hasta que cumplan los dieciocho años<sup>68</sup>, y siempre que fuesen huérfanos de padre y madre)<sup>69</sup>. A todos ellos el precepto en cuestión —prácticamente intocado desde 1966, lo que explica su relativo arcaísmo y sobre todo su marcado sexismo<sup>70</sup>— les otorga pensiones idénticas a las de orfandad<sup>71</sup>, siempre y cuando «convivieran con el causante, y a sus expensas», «no tengan derecho a pensión pública» y, además, «carezcan de medios de subsistencia»<sup>72</sup>.

Siempre que cumplan estos tres requisitos, la Orden de 13 febrero 1967 otorga una prestación distinta de la pensión —denominada «subsidio temporal en favor de familiares»— en beneficio de hijos y hermanos del causante. Dicho subsidio temporal lo pueden lucrar sólo hijos y hermanos mayores de 22 años, solteros o viudos. Su cuantía es equivalente a la de la pensión —y, por tanto, equivalente también a la de la pensión de orfandad—, aunque únicamente se podrán percibir doce mensualidades de la misma, lo que explica su carácter «temporal» (artículos 25 y 26 de la Orden en cuestión).

Aparte los citados, la LGSS reputa beneficiarios de la pensión a hermanos —mayores de 45 años y no casados— del causante que fuese pensionista de jubilación o incapacidad permanente contributivas, siempre que dependieran económicamente de este último, en los términos previstos en su artículo 176.2<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Véase M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1998), págs. 27 y ss.

<sup>68</sup> El límite de edad se eleva a 22 años, «en los casos en que el nieto o hermano del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por 100 de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual» [cfr. artículo 22.1.1).a), párrafo segundo, de la Orden de 13 febrero 1967].

<sup>69</sup> Véanse todos estos requisitos específicos, exigidos para cada tipo de familiar beneficiario, en el artículo 22 de la Orden de 13 febrero 1967.

<sup>70</sup> A pesar de lo cual, una STSud de 24 febrero 1995 (Ar. 2557) declara que la exigencia de diferentes requisitos a padres y abuelos, de un lado, y madres y abuelas, de otro, no implica la existencia de discriminación alguna en contra de estas últimas.

<sup>71</sup> Cfr. artículos 39.1 del Decreto 3158/1966 y 23 de la Orden de 13 febrero 1967.

<sup>72</sup> Estos requisitos genéricos, que se exigen para todo tipo de familiar beneficiario, se encuentran en el artículo 22 de la Orden de 13 febrero 1967.

<sup>73</sup> Según este precepto, el hermano en cuestión debe «haber convivido con el causante y a su cargo», «acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante» y, además, «carecer de medios propios de vida».

Lógicamente, podría suceder que existiese más de un familiar beneficiario de este tipo de pensiones. Sin embargo, el importe de la base reguladora que corresponda en cada caso al causante constituye un límite infranqueable para el conjunto de pensiones que se puedan eventualmente llegar a repartir. Por ello, la LGSS establece un orden de preferencia entre estos otros posibles familiares —aparte la viuda o el viudo y los huérfanos, cuyas pensiones siempre y en todo caso serán abonadas, en la cuantía que corresponda—, que resulta ser el siguiente: «1º Nietos y hermanos, menores de 18 años o mayores incapacitados, del causante. 2º Padre y madre del causante. 3º Abuelos y abuelas del causante. 4º Hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos establecidos» (artículo 179.4).

**§6.** El elenco de prestaciones contributivas previsto por el capítulo VIII del Título II de la LGSS —recuérdese, «Muerte y supervivencia»— concluye con las indemnizaciones especiales a tanto alzado por fallecimiento del causante a causa de riesgos profesionales (esto es, accidente de trabajo y enfermedad profesional), reguladas en el artículo 177. En principio, se trata de indemnizaciones a tanto alzado de una o seis mensualidades de la base reguladora correspondiente a la pensión de viudedad. También en principio, hay que distinguir tres posibles beneficiarios de las mismas, que son: 1) la viuda o viudo del causante, que percibirá seis mensualidades de indemnización; 2) los huérfanos simples —esto es, los que son huérfanos o sólo de padre o sólo de madre—, que percibirán cada uno una mensualidad de indemnización; y 3) los huérfanos absolutos —esto es, de padre y de madre—, que percibirán cada uno su mensualidad más las seis mensualidades previstas para el viudo o viuda, a repartirse entre ellos, cuando no quede viudo o viuda con derecho a esta indemnización especial<sup>74</sup>.

De no haber viuda o viudo, ni huérfanos, ni otros familiares con derecho a pensión, pueden percibir esta indemnización especial «el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones [en favor de familiares] a que se refiere el artículo anterior» (artículo 177.2 de la LGSS)<sup>75</sup>.

**§7.** En fin, al elenco citado de prestaciones contributivas por muerte y supervivencia hay que agregarle algunas prestaciones contributivas más, reguladas en el capítulo IX del Título II de la LGSS (rubricado, recuérdese, «Prestaciones familiares»). De ellas, la principal aparece regulada en

---

<sup>74</sup> Todas estas posibilidades aparecen reguladas en los artículos 35 y 38 del Decreto 3158/1966 y en los artículos 28 y 29 de la Orden de 13 febrero 1967.

<sup>75</sup> Su cuantía es «equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora [correspondiente a la pensión de viudedad]», teniendo en cuenta que la misma se elevará «a doce [mensualidades] si existieran los dos ascendientes» (artículo 12.1 del Decreto 1646/1972).

el apartado 1 del artículo 180, y posee, además, una naturaleza bastante peculiar —dado que no se trata de ninguna prestación económica, sino más bien de una prestación jurídica, aunque tenga luego sus lógicas repercusiones económicas<sup>76</sup>—, ya que consiste en la asimilación a período de cotización efectiva de los dos primeros años de excedencia por «cuidado de cada hijo» o por cuidado de «menor acogido», regulada en el artículo 46.3 del ET<sup>77</sup>. Tal asimilación se realiza «a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y paternidad», que en su día pueda llegar a causar el beneficiario en dicha situación de excedencia.

Esta peculiar asimilación no surte efectos en relación con la prestación de desempleo. En cuanto a esta última, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 4/1995, de 23 marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. Dicha Ley no considera esta situación de excedencia como período de ocupación cotizada, pero sí como situación asimilada al alta para obtener prestaciones por desempleo<sup>78</sup>.

La duración del período asimilado se amplía en caso de que la unidad familiar en cuestión tenga la consideración de familia numerosa, llegando a ser de 30 meses (en caso de familia numerosa de categoría general) o de 36 meses (en caso de familia numerosa de categoría especial).

Las restantes prestaciones familiares contributivas aparecen reguladas en los apartados 2, 3 y 4 del propio artículo 180 de la LGSS, pues el grueso de su capítulo IX —que comprende otros diecisiete preceptos, además del artículo 180— se dedica a la regulación de las «prestaciones familiares» en su «modalidad no contributiva»<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Al respecto, véase J.F. BLASCO LAHOZ, *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 46 y ss.

<sup>77</sup> Véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M<sup>a</sup>.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Bomarzo (Albacete, 2007), págs. 21 y ss.

<sup>78</sup> Según el artículo 4 de la citada Ley, «la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo», teniendo en cuenta que «dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo», aunque «a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa».

<sup>79</sup> Sobre ellas, véase *infra*, Tema 11, §4.



---

## TEMA 9

# LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El Régimen Especial de la Minería del Carbón. §3. El Régimen Especial de Empleados de Hogar. §4. El Régimen Especial Agrario. §5. El Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. §6. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. §7. El Régimen Especial de Estudiantes.

§1. Desde 1966, el campo de aplicación del sistema español de Seguridad Social aparece parcelado en diversos subconjuntos, legalmente denominados «Regímenes», que conforman la estructura del conjunto del sistema. Y según el artículo 9 de la LGSS —rotulado precisamente «Estructura del sistema de la Seguridad Social»—, este último «viene integrado por los siguientes Regímenes: a) El Régimen General, que se regula en el Título II de la presente Ley. b) Los Regímenes Especiales a que se refiere el artículo siguiente» (apartado 1), esto es, el artículo 10. De acuerdo con este último precepto, los Regímenes Especiales de Seguridad Social son actualmente nueve, y cubren los siguientes siete grupos de «trabajadores», a saber: agrarios [artículo 10.2.a)], del mar [artículo 10.2.b)], por cuenta propia o autónomos [artículo 10.2.c)], funcionarios públicos [artículo 10.2.d)], empleados de hogar [artículo 10.2.e)], estudiantes [artículo 10.2.f)], y por último —al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.2.g), relativo a «los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un Régimen Especial»—, mineros del carbón<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase J.I. GARCÍA NINET (Dirección técnica), *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, CISS (Valencia, 1998), págs. 11 y ss.; J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 8ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), págs. 20 y ss.; y A. CÁMARA BOTÍA, «Sobre las desigualdades entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del régimen especial del servicio doméstico», en M. ALONSO OLEA y A. MONTROYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XI, Civitas (Madrid, 1994), págs. 627 y ss.

Como doctrinalmente se ha demostrado de manera ejemplar, la distinción entre «Régimen General» y «Regímenes Especiales» la tomó la Ley de Bases de 1963 —cuya exposición de motivos mencionaba genéricamente «los modernos sistemas de Seguridad Social»— de la elaboración doctrinal relativa a la Ordenanza francesa núm. 45-2250, de 4 octubre 1945, sobre «organización de la Seguridad Social» en Francia, que «procedía a estructurar esta última distinguiendo una multiplicidad de “regímenes especiales” (*régimes spéciaux*) contrapuestos a lo que expresamente denominaba “régimen general” (*régime général*)»<sup>2</sup>.

Tradicionalmente, estos Regímenes Especiales de Seguridad Social eran catorce. Pero a partir de 1978 se creó uno nuevo de funcionarios públicos (el de los funcionarios de la Administración de Justicia), a añadir a los dos tradicionalmente existentes (esto es, funcionarios del Estado civiles y militares) —por lo que pasaron a ser quince—, mientras que a partir de 1987 cinco de estos quince se integraron en el Régimen General, y otro en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, lo que explica la cifra actual de nueve. De acuerdo con el «Pacto de Toledo» de 1995, la tendencia de futuro debe ser la «simplificación e integración de Regímenes Especiales», hasta el punto incluso de recomendarse que «se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes ..., de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena [esto es, en el Régimen General] o bien en el de trabajadores por cuenta propia [o autónomos]»<sup>3</sup>.

El primer paso simplificador al que alude el «Pacto de Toledo» fue dado, con fecha de efectos 1 enero 1987, por el Real Decreto 2621/1986, de 24 diciembre<sup>4</sup>, en cuyo artículo 1 se afirmaba lo siguiente: 1) de un lado, que se integrarán en el Régimen General los Regímenes Especiales de «Trabajadores Ferroviarios, regulado por Decreto 2824/1974, de 9 de agosto», de «Jugadores Profesionales de Fútbol, establecido por Real Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre», de «Representantes de Comercio, regulado por Decreto 2409/1975, de 23 de agosto», de «Artistas, regulado por Decreto 2133/1975, de 24 de julio», y por último, de «Toreros, regulado por Real Decreto 1024/1981, de 22 de mayo»<sup>5</sup>; y 2) de otro lado, que se integrará en

<sup>2</sup> Véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), pág. 30.

<sup>3</sup> Recomendación 6, párrafo segundo. Esta misma recomendación continúa afirmando que el proceso en cuestión debe llevarse a cabo «contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo». Véase J. CABEZA PEREIRO, «Convergencia entre regímenes de Seguridad Social», *Temas Laborales*, núm. 66 (2002), págs. 45 y ss.

<sup>4</sup> Al respecto, véase J.F. BLASCO LAHOZ, *Regímenes Especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), págs. 9 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. su apartado 1. Sobre «Seguridad Social y contrato de trabajo deportivo», véase M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad (Murcia, 1996), págs. 265 y ss.

el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos el «Régimen Especial de Escritores de Libros, regulado por Decreto 3262/1970, de 29 de octubre»<sup>6</sup>.

El Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), a pesar de considerarlo la LGSS como «extinguido»<sup>7</sup>, viene funcionando de hecho como un Régimen Especial más, puesto que su vieja normativa reguladora —sobre concesión de pensiones de vejez (1940)<sup>8</sup>, invalidez (1947)<sup>9</sup> y viudedad (1955)<sup>10</sup>— todavía sigue aplicándose en relación con hechos causantes ocurridos con posterioridad a 1 enero 1967 (que fue, recuérdese, la fecha de implantación efectiva de nuestro sistema de Seguridad Social), afirmándose doctrinalmente que «las pensiones SOVI parecen ser las prestaciones que, por causa del tránsito al nuevo sistema de seguridad social, más litigiosidad han provocado en las tres últimas décadas, habiendo tenido que conocer los tribunales laborales en ellas de miles de demandas —sin hipérbole— sobre incompatibilidad entre esa clase de pensiones y las del nuevo sistema de seguridad social»<sup>11</sup>.

La propia LGSS equipara a las pensiones SOVI las pensiones «correspondientes a las entidades sustitutorias»<sup>12</sup> (por ejemplo, Montepíos exceptuados), a pesar de preverse en ella que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, determinará la forma y condiciones en que se integrarán en el Régimen General de la Seguridad Social, o en alguno de sus Regímenes Especiales, aquellos colectivos asegurados en entidades sustitutorias aún no integrados que, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, se encuentren comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social»<sup>13</sup>.

Esta recomendación del «Pacto de Toledo» no parece en modo alguno descabellada, puesto que el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos son Regímenes de Seguridad Social no sólo gigantes (que encuadran más de catorce millones de trabajadores por cuenta ajena y más de tres millones de trabajadores autónomos, respectivamente, sobre un conjunto de más de diecinueve millones de trabajadores afiliados al sistema), sino también claramente superavitarios. Lógicamente, habría que integrar: 1) en el Régimen General, los pequeños Regímenes Especiales de la Minería del Carbón (cfr. *infra*, §2) y de Empleados de Hogar (cfr. *infra*, §3) —aunque, si se hablase con acribia, habría que calificar de minúsculo, más que de propiamente pequeño, el de la Minería del Carbón—, y también, el Régimen Especial Agrario (cfr. *infra*, §4) y

<sup>6</sup> Cfr. su apartado 2.

<sup>7</sup> Disposición transitoria 7ª, inciso primero.

<sup>8</sup> Véase Orden Ministerial de 2 febrero 1940.

<sup>9</sup> Véase Orden Ministerial de 18 junio 1947.

<sup>10</sup> Véase Decreto-Ley de 2 septiembre 1955.

<sup>11</sup> Cfr. R. P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, Civitas (Madrid, 2000), pág. 212.

<sup>12</sup> Disposición transitoria 7ª, inciso segundo.

<sup>13</sup> Disposición transitoria 8ª, inciso segundo. Aplicando esta última norma y sus reglamentarias concordantes, en relación con la entidad sustitutoria «Institución Telefónica de Previsión», véase STSJ Galicia de 23 abril 2004 (Jur. 228562).

el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (cfr. *infra*, §6) —cuyos tamaños no son comparables con los anteriores, dado que el del Mar es ocho veces mayor que el minúsculo de la Minería del Carbón, pero también diez veces menor que el Agrario, éste último de tamaño medio—, aunque la integración del de los Trabajadores del Mar sólo sería en parte, pues encuadra a la vez trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia; y 2) en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (cfr. *infra*, §5), la parte correspondiente del citado Régimen de los Trabajadores del Mar, y también, el Régimen Especial de Estudiantes, pues —sobre la base incuestionable de que nuestros estudiantes trabajan, al estudiar (cfr. *infra*, §7)— evidentemente no trabajan ni por cuenta del profesor ni por cuenta del centro en que están matriculados. En cuanto a los tres Regímenes Especiales de funcionarios públicos —que cubren funcionarios distintos de los encuadrados en el Régimen General, ya vistos<sup>14</sup>, y distintos de los notarios, a su vez encuadrados en el Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, a pesar de su condición de verdaderos funcionarios públicos<sup>15</sup>—, no serán objeto de tratamiento aquí<sup>16</sup>, puesto que de sus pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social conocen los tribunales contencioso-administrativos, pero no los tribunales laborales<sup>17</sup>.

La Renovación del «Pacto de Toledo» de 2003 reconoce todas las dificultades del proceso de integración. El mismo estima indispensable que «se produzca de manera gradual y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan en relación a cada uno de tales colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social»<sup>18</sup>; y destacando, además, en relación con lo ya hecho hasta el 2003, «las medidas aprobadas que han permitido ir equiparando los derechos de los trabajadores autónomos al Régimen General»<sup>19</sup>. En este sentido, por Ley 18/2007, de 4 julio, se procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, operándose efectivamente dicha integración el 1 enero 2008.

---

<sup>14</sup> *Supra*, Tema 2, §3.

<sup>15</sup> Lo ordenó el artículo 41 de la Ley «de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para 2002, en desarrollo del cual se promulgó el Real Decreto 1505/2003, de 28 noviembre, por el que se establece la inclusión de los miembros del Cuerpo Único de Notarios en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

<sup>16</sup> Véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 183 (1998), págs. 85 y ss.

<sup>17</sup> Véase *infra*, Tema 18.

<sup>18</sup> Recomendación 4, párrafo quinto, inciso primero.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrafo sexto.

Supuesto que llegase a consumarse definitivamente algún día la simplificación de los Regímenes de Seguridad Social actualmente existentes en sólo dos, parece indudable que el Régimen General continuaría operando como ideal de cobertura respecto del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, como claramente ocurre en la actualidad, según revela la disposición adicional 8ª de la LGSS.

En cualquier caso, recuérdese que doctrinalmente se ha puesto de relieve que «quizá no convenga olvidar que la distinción “régimen general”-“regímenes especiales” forma parte del vocabulario del Reglamento (CE) núm. 1408/1971, de 14 junio, cuyo fundamental art. 4 —relativo al “campo de aplicación material”— afirma, en su apartado 2, que “el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social *generales y especiales*, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario o del armador referentes a las prestaciones mencionadas en el apartado 1»<sup>20</sup>.

§2. Sin duda alguna, el más próximo de los Regímenes Especiales al Régimen General es el Régimen Especial de la Minería del Carbón<sup>21</sup>. Fue creado en 1969<sup>22</sup>, apareciendo actualmente regulado en dos normas reglamentarias de 1973 (el Decreto 298/1973, de 8 febrero, y su Orden Ministerial de desarrollo, de 3 abril 1973), aunque esta vieja regulación debe completarse con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre. Su proximidad al Régimen General deriva, de un lado, del hecho de que únicamente encuadra trabajadores por cuenta ajena; y de otro lado, del dato de que sólo encuadra trabajadores por cuenta ajena de la minería del carbón, pues todos los demás trabajadores por cuenta ajena de la minería —con una problemática jurídico-laboral y de Seguridad Social muy similar— quedan encuadrados en el Régimen General. Se trata, además, de un Régimen Especial clamorosamente deficitario, por causa de la desproporción en él existente entre beneficiarios activos y pasivos (que se encuentran en la relación, incluso, de un trabajador cotizante por cada ocho pensionistas, el 90 por 100 de estos últimos, a su vez, con la condición de jubilados y viudas)<sup>23</sup>. En cualquier caso, justifican de algún modo su existencia, respecto del Régimen General, las tres especialidades siguientes: 1) que las *bases de cotización por contingencias comunes* sean bases diarias, únicas por categoría profesional (esto es, sin que exista una base mínima y una base

<sup>20</sup> Véase X. M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., pág. 42.

<sup>21</sup> Véase M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, Universidad (León, 1997), págs.17 y ss.

<sup>22</sup> Por Decreto 384/1969, de 17 marzo.

<sup>23</sup> Acerca de la «crisis» del sector minero del carbón en España, véase M.R. MARTÍNEZ BARROSO y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La minería del carbón. Bases jurídicas para su reordenación*, Universidad (León, 2000), págs. 23 y ss.

máxima) y fijadas anualmente por el Ministerio de Trabajo, al margen de la regulación contenida en la Orden general anual de cotización<sup>24</sup>; 2) que —frente a la mera «transformación» nominal de las pensiones de incapacidad permanente en pensiones de jubilación, característica del Régimen General<sup>25</sup>— exista aquí la institución denominada «*actualización*» de pensiones<sup>26</sup>, que les permite a los pensionistas de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuando cumplen la edad de jubilación, pasar a cobrar la pensión de jubilación contributiva con la consiguiente percepción de la nueva cuantía correspondiente a la misma<sup>27</sup>; y 3) que también exista aquí la institución denominada «*conversión*» de pensiones<sup>28</sup>, que les permite ahora a los pensionistas de incapacidad permanente total, de nuevo cuando cumplan la edad de jubilación, pasar a percibir la pensión de jubilación contributiva a que acaba de hacerse referencia<sup>29</sup>.

La correspondiente Orden anual específica de cotización, distinta de la general, detalla las bases diarias de cotización de las diversas categorías profesionales del sector de la minería del carbón, agrupándolas en cuatro zonas (Asturias, Noroeste, Sur y Centro-Levante), que se corresponden con las viejas cuatro Mutualidades Laborales de este sector, actualmente integradas sin personalidad jurídica en el INSS.

Aunque el citado Decreto 298/1973 regula con bastante prolijidad el tema de los coeficientes reductores para poder causar derecho a la pensión de jubilación, este asunto no constituye ninguna especialidad caracterizante del Régimen Especial de los Mineros del Carbón, pues también la regula con similar prolijidad la normativa del Régimen General, a propósito del resto de mineros encuadrados en el campo de aplicación del mismo<sup>30</sup>.

Nada hay que objetar, en cambio, al hecho de que este Decreto 298/1973 sólo aluda de pasada a la «silicosis», puesto que se trata de una enfermedad profesional susceptible de ser padecida por cualesquiera mineros, no sólo los del carbón, expuestos en su trabajo a la inhalación de polvo de sílice libre<sup>31</sup>. Las contingencias ligadas a esta concreta enfermedad

<sup>24</sup> Cfr. artículo 57 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>25</sup> Véase *supra*, Tema 6, §4.

<sup>26</sup> Véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, cit., pág. 31.

<sup>27</sup> Al respecto, véase la citada Orden Ministerial de 3 abril 1973, afirmando que «los pensionistas de este Régimen Especial por invalidez permanente absoluta o gran invalidez, cumplida la edad de sesenta y cinco años, o la que resulte de aplicación de la bonificación establecida en el artículo siguiente, tendrán derecho a que su pensión de invalidez pase a tener la cuantía que se determina en el número 2 del presente artículo» (artículo 20.1, párrafo primero).

<sup>28</sup> Véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, cit., pág. 33.

<sup>29</sup> Al respecto, véase la citada Orden Ministerial de 3 abril 1973, afirmando que «los pensionistas por invalidez permanente total para la profesión habitual de este Régimen Especial serán considerados en situación asimilada a la de alta al exclusivo efecto de poder causar la pensión de jubilación de dicho Régimen de acuerdo con las normas que regulan esta prestación y con aplicación de las que se establecen en el presente artículo» (artículo 22.1, párrafo primero).

<sup>30</sup> Véase *supra*, Tema 7, §2.

<sup>31</sup> Véase *supra*, Tema 4, §5.

profesional aparecen reguladas, pero con carácter horizontal, en el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, aprobando el Reglamento general de prestaciones económicas de la Seguridad Social, y en la Orden Ministerial de 15 abril 1969, de desarrollo del mismo en materia de incapacidades. De acuerdo con estas normas reglamentarias, cabe distinguir los tres siguientes grados de la silicosis: 1) silicosis de primer grado, que «comprenderá los casos de silicosis definida y típica, que no origine, por sí misma, disminución alguna en la capacidad para el trabajo», y que «no tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez»<sup>32</sup>; 2) silicosis de segundo grado, que «comprenderá los casos de silicosis definida y típica que inhabiliten al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual», y que tendrá «la consideración de situación constitutiva de invalidez permanente y se equipará al de incapacidad permanente total para la profesión habitual»<sup>33</sup>; y 3) silicosis de tercer grado, que «comprenderá los casos en que la enfermedad se manifieste al menor esfuerzo físico y resulte incompatible con todo trabajo», y que «tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez permanente y se equipará al de incapacidad absoluta para todo trabajo»<sup>34</sup>.

§3. También se encuentra muy próximo al Régimen General el Régimen Especial de Empleados de Hogar<sup>35</sup>. Con antecedentes que se remontan a 1959<sup>36</sup>, aparece actualmente regulado en el Decreto 2346/1969, de 25 septiembre, cuya normativa debe completarse no sólo con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación, aprobado por Real Decreto 2064/1995, sino también con lo dispuesto en el Reglamento general de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero. Su proximidad al Régimen General es consecuencia, también, del hecho de que únicamente encuadra trabajadores por cuenta ajena<sup>37</sup>, aquí vinculados al empresario por la relación laboral de carácter especial de trabajadores al servicio del hogar familiar, regulada por el Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto<sup>38</sup>, aunque a efectos de este Régimen Especial resulte crucial la

<sup>32</sup> Cfr. artículo 45.1, párrafo primero, de la citada Orden Ministerial de 15 abril 1969.

<sup>33</sup> *Ibidem*, artículo 45.2, párrafo primero.

<sup>34</sup> *Ibidem*, artículo 45.3. Téngase en cuenta, según el Decreto 3158/1966, que «el primero y el segundo grado de silicosis se equiparán al tercero ... , mientras dicha enfermedad concorra con afecciones tuberculosas que permanezcan activas» (artículo 26.3, párrafo segundo).

<sup>35</sup> Véase J. LUJÁN ALCARAZ, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2000), págs. 17 y ss.

<sup>36</sup> Véase Decreto 385/1959, de 17 marzo. Sobre el tema, pionero en su día, E. BORRAJO DACRUZ, «La responsabilidad de los amos de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 4 (1962), págs. 947 y ss.

<sup>37</sup> Al respecto, véase M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, «El derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminado en la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico por el solo hecho de ser pariente en primer grado de afinidad con el titular del hogar familiar», en M. ALONSO OLEA y A. MONTROYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XII, Civitas (Madrid, 1995), págs. 141 y ss.

<sup>38</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 141-142.

distinción —silenciada por este último Real Decreto— entre empleados de hogar a tiempo completo (esto es, «cuando el empleado del hogar preste sus servicios para un solo empleador y la duración de los mismos sea superior a la mitad de la jornada habitual») <sup>39</sup> y empleados de hogar a tiempo parcial (esto es, cuando el empleado [popularmente llamado «asistenta» por horas] preste sus servicios «durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes») <sup>40</sup>. También se trata de un Régimen Especial deficitario, aunque menos que en el caso del Régimen Especial de la Minería del Carbón, pues aquí la tendencia es que exista un trabajador en activo (del que en torno al 95 por 100 son precisamente «trabajadoras») por cada pensionista. En cualquier caso, igualmente justifican de algún modo su existencia, respecto del Régimen General, las tres especialidades siguientes: 1) *a efectos de afiliación, altas y bajas*, el hecho de que el titular del hogar familiar esté obligado a cursarlas si tuviese a su servicio un empleado de hogar a tiempo completo, pues «el obligado a solicitar la afiliación, el alta y la baja en el Régimen Especial de Empleados de Hogar será el propio trabajador al servicio del hogar familiar cuando éste preste sus servicios a uno o más cabezas de familia a tiempo parcial» <sup>41</sup>; 2) *a efectos de cotización*, que el titular del hogar familiar con un empleado de hogar a tiempo completo, aunque obligado a cotizar por él, no deba cumplimentar documentos de cotización de ningún tipo (esto es, los documentos de la «serie TC»), pues «no será exigible ... la presentación de documentos de cotización en plazo reglamentario respecto de las cuotas de los ... Empleados de Hogar ..., siempre que los sujetos obligados a que se refieran dichas cuotas hayan sido dados de alta en el plazo reglamentariamente establecido» <sup>42</sup>; y 3) *a efectos prestacionales* <sup>43</sup>, aparte el hecho de que los empleados de hogar carezcan de protección por desempleo, que «las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral» <sup>44</sup>, lo cual ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que las enfermedades del trabajo

<sup>39</sup> Cfr. artículo 46.1, párrafo segundo, del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 49.1.2º del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>41</sup> *Ibidem*, artículo 49.1.

<sup>42</sup> Cfr. artículo 26.1, párrafo segundo, de la LGSS.

<sup>43</sup> Acerca de su jubilación, véase L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, «Régimen Especial de Empleados del Hogar», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 488 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 22.3 del citado Decreto 2346/1969.



padecidas por los empleados de hogar tendrán la consideración de enfermedades comunes (con eventual exigencia, por tanto, de períodos previos de cotización), pero no la de accidentes (comunes o de trabajo)<sup>45</sup>.

En este Régimen Especial, la inmensa mayoría de los trabajadores afiliados son trabajadores a tiempo completo, de un lado, quizá porque los a tiempo parcial son quienes soportan exclusivamente el cumplimiento de las obligaciones de afiliarse y cotizar; y de otro lado, por causa de las evidentes responsabilidades en orden a las prestaciones en que puede incurrir el titular del hogar familiar empleador de uno de estos trabajadores a tiempo completo, si es que no lo afilia, da de alta y cotiza por él<sup>46</sup>.

Ya se trate de empleados de hogar a tiempo completo o a tiempo parcial, «la base de cotización en este Régimen Especial de Empleados de Hogar será única para todas las contingencias y situaciones en que exista obligación de cotizar y estará constituida por la cantidad fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»<sup>47</sup>. A esta base se le aplica un tipo de cotización, teniendo en cuenta que «el tipo de cotización aplicable con carácter único para todo el ámbito de cobertura de este Régimen Especial así como su distribución, en su caso, para determinar las aportaciones de los empleadores y de los empleados de hogar será el determinado por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio económico»<sup>48</sup>. Lógicamente, la distribución del tipo —que da lugar a las correspondientes cuotas patronal y obrera— sólo procede en el caso de empleados de hogar a tiempo completo, puesto que en el caso de los empleados de hogar a tiempo parcial es el propio trabajador quien satisface íntegramente la cuota.

Téngase en cuenta —lo que de nuevo confirma la proximidad al Régimen General— que «los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares» no están encuadrados en el campo de aplicación del Régimen Especial de Empleados de Hogar, sino en el del Régimen General<sup>49</sup>.

**§4. La regulación del Régimen Especial Agrario presupone de algún modo la del Régimen General<sup>50</sup>, y su principal fuente normativa —con precedentes ya en 1943<sup>51</sup>— es un texto refundido de dos leyes (promulgado en 1971)<sup>52</sup> que viene padeciendo continuas reformas, algunas**

<sup>45</sup> Al respecto, véase STSJ Cataluña de 1 junio 2001 (Ar. 3166). Sobre las enfermedades asimiladas a los accidentes de trabajo, en el Régimen General, véase *supra*, Tema 4, §3.

<sup>46</sup> Véase *infra*, Tema 15.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 47 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>48</sup> *Ibidem*, artículo 48.

<sup>49</sup> Véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>50</sup> Al respecto, véase F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2005), págs. 23 y ss.; también, F. CAVAS MARTÍNEZ y F.J. HIERRO HIERRO, *Relaciones Laborales y Seguridad Social Agraria*, Laborum (Murcia, 2005), págs. 19 y ss.

<sup>51</sup> Sobre la Ley de 10 febrero 1943, creando el llamado «Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura» —y a su vez, sobre sus frustrados precedentes—, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), pág. 42.

<sup>52</sup> Sobre la base de que la LGSS exige que este Régimen Especial esté regulado precisamente por norma con rango de «Ley» (artículo 10.3, inciso segundo), el texto refundido en cuestión aparece contenido en el Decreto 2123/1971, de 23 julio, aprobando el texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

de ellas actualmente contenidas en diversas disposiciones adicionales de la propia LGSS<sup>53</sup>. Se trata de un Régimen Especial en el que se encuadran aquellos trabajadores que «en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias»<sup>54</sup>, previa su inscripción en un «censo» gestionado por la TGSS<sup>55</sup>. Dicho «censo» venía comprendiendo dos Secciones separadas (la de los trabajadores agrícolas «por cuenta propia» y la de los trabajadores agrícolas «por cuenta ajena»), pero que desde 1 enero 2008 —tras la integración de los «por cuenta propia» en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos— comprende sólo trabajadores agrícolas «por cuenta ajena», que son los que prestan sus servicios agropecuarios en virtud de un contrato de trabajo común<sup>56</sup>. Desde un punto de vista financiero, resulta ser un Régimen Especial relativamente equilibrado, puesto que existe en él poco más de un trabajador cotizante por cada pensionista. Lógicamente, el carácter estacional de muchas tareas agrícolas provoca la existencia de «jornaleros», sean o no eventuales, lo que repercute en las cotizaciones por *contingencias comunes* que debe proceder a ingresar su empresario, dado que —aunque las cuotas obreras de dichos trabajadores son cuotas fijas, calculadas siempre sobre una base de cotización mensual— las cuotas patronales se calculan, en cambio, «por cada jornada que efectivamente realicen los trabajadores ocupados por el empresario en labores agrarias»<sup>57</sup>.

Por su parte, la cotización por riesgos profesionales no presenta particularidades respecto de lo que ocurre en el Régimen General, pues «la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectuará por cada empresario a su exclusivo cargo, determinándose la base de cotización según la normativa establecida para los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social, aplicándose la tarifa de primas aprobada al efecto»<sup>58</sup>.

Respecto de sus prestaciones, la regla es que «se otorgarán en la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General»<sup>59</sup>, aunque existan particularidades importantes en materia de protección por desempleo<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Fundamentalmente, la 8ª y la 32ª.

<sup>54</sup> Cfr. artículo 2, párrafo primero, del Texto refundido aprobado por el citado Decreto 2123/1971.

<sup>55</sup> Sobre los orígenes de este «censo», véase M.E. CASAS BAAMONDE, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, IEP (Madrid, 1975), págs. 103 y ss.

<sup>56</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 151.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 44.2 del Texto Refundido aprobado por el Decreto 2123/1971.

<sup>58</sup> *Ibidem*, artículo 44.7.

<sup>59</sup> *Ibidem*, artículo 19.

<sup>60</sup> Véase *infra*, Tema 10, §1.

Al efecto de no disuadir e incluso fomentar la realización de trabajos agrícolas de buena vecindad, la legislación reguladora de este Régimen Especial afirma que «en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional se otorgarán las correspondientes prestaciones a ...[las] personas que sin reunir ...[las] condiciones [para estar comprendidas como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social] se encontrasen *de hecho* prestando servicios como trabajadores *por cuenta ajena*, en labores agropecuarias, al producirse tales contingencias»<sup>61</sup>.

Con carácter general, se reputan labores agrarias incluidas «las que persigan la obtención directa de los frutos y productos agrícolas, forestales o pecuarios»<sup>62</sup>; y también, entre otras, «las de almacenamiento de los referidos frutos y productos en los lugares de origen»<sup>63</sup>, y «las de su transporte a los lugares de acondicionamiento y acoplo»<sup>64</sup>, e incluso algunas de «primera transformación»<sup>65</sup>. En cambio, no tienen la consideración de labores agrarias «el cultivo de productos agrícolas que se realice en instalaciones situadas en espacios territoriales no sujetos a Contribución Territorial Rústica y Pecuaria»<sup>66</sup>, ni tampoco —en principio— «las actividades que persigan la obtención de productos pecuarios y que se lleven a cabo en granjas y establecimientos análogos, cuyos elementos de producción constituyan una unidad económica independiente»<sup>67</sup>.

Según el Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, «la obligación de solicitar la inscripción en el censo corresponderá ... a los empresarios, respecto de los trabajadores agrarios que tengan a su servicio»<sup>68</sup>, teniendo en cuenta que «la petición de la inclusión del trabajador en el censo por el empresario ... equivaldrá a solicitud de afiliación y/o alta»<sup>69</sup>.

**§5.** En cambio, el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos tiene poco que ver con el Régimen General, aunque su regulación tienda también a tenerlo en cuenta como ideal de cobertura<sup>70</sup>. Con precedentes en 1960<sup>71</sup>, sus fuentes reguladoras todavía aparecen actualmente contenidas en dos viejas disposiciones específicas —mortalmente tocadas— de 1970 (el Decreto 2530/1970, de 20 agosto, y su Orden Ministerial de desarrollo, de 24 septiembre 1970),

<sup>61</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 47-48.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 8.1 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 diciembre.

<sup>63</sup> *Ibidem*, artículo 8.2.a).

<sup>64</sup> *Ibidem*, artículo 8.2.b).

<sup>65</sup> *Ibidem*, artículo 8.2.c).

<sup>66</sup> *Ibidem*, artículo 9.

<sup>67</sup> *Ibidem*, artículo 10. Véase C. AGUT GARCÍA, «Régimen especial agrario», en J.I. GARCÍA NINET (Dirección técnica), *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., págs. 13 y ss. Acerca del sistema especial de cotización de los trabajadores-cultivadores a la parte de tomate para la exportación en las Islas Canarias, incluidos en el Régimen General, y de la inclusión, asimismo en el Régimen General, de los «trabajadores dedicados a las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano», véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>68</sup> Cfr. artículo 45.1.3ª.a).

<sup>69</sup> Cfr. artículo 45.1.3ª.c).

<sup>70</sup> Véase J.F. BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 25 y ss.

<sup>71</sup> Cfr. Decreto 1167/1960, de 23 junio.

asimismo en los citados Reglamentos generales aprobados por Reales Decretos 2064/1995 y 84/1996, y también —aunque sorprenda—, en la propia LGSS (señaladamente, en sus disposiciones adicionales 9<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 27<sup>a</sup>, 32<sup>a</sup>, 34<sup>a</sup>, 35<sup>a</sup>, 37<sup>a</sup> y 39<sup>a</sup>, aparte por supuesto la 8<sup>a</sup>), desarrollada por el Real Decreto 1273/2003, de 10 octubre, que regula —como manifestación clara de aproximación al citado ideal de cobertura, que el Régimen General representa— la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia<sup>72</sup>.

El golpe mortal a las disposiciones específicas de 1970 se lo ha propinado la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo —en vigor desde 12 octubre 2007—, vista su admonición relativa a que «en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la actualización de la normativa que regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos establecida esencialmente en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, parcialmente derogado» (cfr. disposición adicional 15<sup>a</sup>, inciso primero). Es seguro que el referente a tomar en cuenta para realizar este estudio actualizador será la propia Ley 20/2007, allí donde procede a regular (en su Título IV) la «Protección social del trabajador autónomo». En realidad, esta parte de la Ley 20/2007, dado su carácter tendencialmente programático, viene a constituir de hecho una atípica Ley de Bases, susceptible de ser directamente articulada por el Gobierno.

Ciertamente, las diferencias entre este Régimen Especial y el Régimen General resultan evidentes. Este último presupone —como se vio— una relación jurídica de Seguridad Social de carácter triangular, mientras que aquí la relación jurídica es bipolar, trabada directamente entre el trabajador autónomo y la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, la citada Ley 20/2007 indica que el estudio a que se acaba de hacer referencia «preverá las medidas necesarias para fijar la convergencia en las aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos, en relación a los establecidos por los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social» (cfr. disposición adicional 15<sup>a</sup>, inciso segundo)<sup>73</sup>.

La OIT alude por vez primera al tema en una Recomendación sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte, de 29 junio 1933, aunque posteriormente retirada, en la que se afirmaba que «cuando las condiciones económicas, sociales y administrativas lo permitan, las legislaciones nacionales deberían también comprender en el seguro de invalidez, vejez y muerte a los trabajadores independientes de la industria, del comercio y de la agricultura que cuenten solamente con escasos recursos económicos»<sup>74</sup>. En nuestra legislación, la primera alusión al tema —asimismo de carácter programático— aparece contenida en la Ley de 1 septiembre 1939, relativa al seguro de vejez, en la que se indicaba

<sup>72</sup> Véase F. CAVAS MARTÍNEZ, «El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos. Ficha técnica del RD 1273/2003, de 10 octubre», *Aranzadi Social*, 2003-V, págs. 275 y ss.

<sup>73</sup> Reiterando esto mismo, su artículo 26.5.

<sup>74</sup> Cfr. regla I.1.b).

que «disposiciones ministeriales complementarias determinarán la forma de protección, en cuanto al subsidio de vejez, de los trabajadores autónomos, y las posibles excepciones de la obligación de contribuir de los pequeños propietarios cultivadores directos de la tierra»<sup>75</sup>.

Evidentemente, este Régimen Especial encuadra «trabajadores» de la industria y los servicios que son el contrapunto de los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios encuadrados en el Régimen General<sup>76</sup>, y también —desde 1 enero 2008—, los trabajadores agrícolas por cuenta propia antes integrados en el Régimen Especial Agrario<sup>77</sup>. Se trata de trabajadores que son «autónomos», bien porque trabajan indistintamente para otros en virtud de contratos diferentes del contrato de trabajo común o especial (como abogados, médicos, arquitectos y demás profesionales liberales, esto es, «aquellos trabajadores ... que para el ejercicio de su actividad profesional [por cuenta de sus clientes] necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional») <sup>78</sup>, bien porque trabajan predominantemente para otra persona como «autónomos económicamente dependientes» de ella (esto es, «de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos») <sup>79</sup>, bien porque trabajan para sí mismos (esto es, realizando «de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas»<sup>80</sup>, presumiéndose que «en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo ..., si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto

<sup>75</sup> Cfr. artículo 8.

<sup>76</sup> Véase P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación, y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 25 y ss.

<sup>77</sup> Para ello, se crea «dentro del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y con efectos desde 1 de enero de 2008, el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios» (artículo 2.1 de la citada Ley 18/2007), en el que se incluyen los trabajadores agrícolas por cuenta propia titulares de pequeñas explotaciones agrarias que realizan las «labores agrarias de forma personal y directa en tales explotaciones agrarias» (*ibidem*).

<sup>78</sup> Cfr. artículo 3.c), párrafo segundo, del citado Decreto 2530/1970. Al respecto, véase A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, «La Seguridad Social de los “colegiados profesionales” tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Un posible replanteamiento de las mutualidades de los colegios profesionales hacia la previsión complementaria y los planes y fondos de pensiones», en E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ (Coordinador), *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1997), págs. 465 y ss.; además, F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*, Comares (Granada, 2001), págs. 228 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. artículo 11.1 de la Ley 20/2007.

<sup>80</sup> Cfr. artículo 2.1 del Decreto 2530/1970.

al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo»<sup>81</sup>). A diferencia de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de Empleados de Hogar, se trata de un Régimen Especial claramente superavitario, y con tendencia de este superávit a crecer, dado que en él la proporción entre cotizantes y pensionistas viene a ser de dos a uno, existiendo incluso instituciones específicas orientadas a reforzar el superávit en cuestión (como la exigencia de estar al corriente en el pago de cotizaciones para poder percibir prestaciones<sup>82</sup>, el mecanismo de invitación al pago de cotizaciones<sup>83</sup> o la dación de validez a las cotizaciones relativas a períodos anteriores al alta<sup>84</sup>, entre otros).

Estos otros mecanismos se refieren, de un lado, a la incentivación a los jóvenes autónomos para que se animen a afiliarse a este Régimen Especial —con independencia de que la afiliación sea, por supuesto, obligatoria—, mediante la posibilidad de cotizar inicialmente menos<sup>85</sup>; y de otro lado, a la incentivación a los viejos autónomos para que se

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, artículo 2.3. Sobre el significado y origen de esta presunción, véase M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1996), págs. 159 y ss.

<sup>82</sup> Al respecto, disposición adicional 39ª de la LGSS, según la cual «en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena» (párrafo primero).

<sup>83</sup> Al respecto, el párrafo segundo de la recién citada disposición adicional 39ª de la LGSS afirma que «a tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto». Y según esta norma reglamentaria, «si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitare ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas» (párrafo primero).

<sup>84</sup> Al respecto, véase la disposición adicional 9ª de la LGSS, según la cual «cuando, reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan» (párrafo primero); y además, con los intereses pertinentes, pues «sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las referidas cotizaciones darán lugar también al devengo de intereses, que serán exigibles desde la correspondiente fecha en que debieron ser ingresadas, de conformidad con el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento del pago» (párrafo segundo).

<sup>85</sup> Al respecto, la disposición adicional 35ª de la LGSS afirma que «en el supuesto de trabajadores, incorporados al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los trabajadores a partir de la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo [recuérdese, el 12 octubre 2007], que tengan 30 o menos años de edad, se aplicará sobre la cuota por contingencias comunes que corresponda ..., una reducción, durante los 15 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 30 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo de cotización vigente en cada momento en este Régimen, y una bonificación, en los 15 meses siguientes a la finalización del período de reducción, de igual cuantía que ésta» (párrafo primero).

animen a continuar en el mundo de los activos, supuesto que hubiesen cumplido sesenta y cinco años de edad y tuviesen treinta y cinco años cotizados<sup>86</sup>.

Según el Decreto 2530/1970, también están incluidos dentro del campo de aplicación de este Régimen Especial «el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el ...[segundo] grado inclusive de los trabajadores [autónomos]... que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto de aquéllos»<sup>87</sup>. En relación con estos familiares, se afirma reglamentariamente asimismo que los autónomos principales (por ejemplo, el titular del establecimiento) son «responsables subsidiarios» del abono de las cotizaciones de sus autónomos secundarios (esto es, sus familiares encuadrados en el Régimen Especial)<sup>88</sup>.

Respecto de los empresarios societarios, también están incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que posean el control de las mismas<sup>89</sup>; e igualmente, «los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa»<sup>90</sup>. Se previó asimismo en su día la posible inclusión en este Régimen Especial de las «amas de casa», aunque esta previsión no se haya materializado todavía<sup>91</sup>.

Lógicamente, sus especialidades respecto del Régimen General son muchas, aunque quepa apuntar como más notorias las que se refieren a las muchas libertades de opción que estos trabajadores autónomos tienen, como las siguientes: 1) *en materia de afiliación, altas y bajas*, la relativa a que cierta clase de profesionales liberales colegiados (como los

<sup>86</sup> Al respecto, la disposición adicional 32ª.1 de la LGSS afirma que «los trabajadores por cuenta propia incluidos en el campo de aplicación ...[del Régimen Especial] de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social salvo, en su caso, por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, en el supuesto de tener cumplidos 65 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se computen a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias» (inciso primero).

<sup>87</sup> Cfr. artículo 3.b).

<sup>88</sup> Al respecto, véase artículo 43.1, párrafo segundo, del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995. Significativa, véase una STS (Sala 3ª) de 15 julio 1997 (Ar. 6224), confirmando la «sancción de pérdida automática de la prestación por desempleo con devolución de las indebidamente percibidas» —sobre la base de que un perceptor de tales prestaciones no puede realizar trabajo ninguno por cuenta propia—, dado que «el trabajo de atención y colaboración en el bar propiedad de su esposa ... es claro ... que se debe entender y estimar ... como por cuenta propia». Sobre la exclusión de los trabajos familiares del ámbito de aplicación de la legislación laboral, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 44-47.

<sup>89</sup> Al respecto, véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>90</sup> Cfr. artículo 3.c), párrafo primero, del Decreto 2530/1970. Véase F.J. PRADOS DE REYES, «Socios trabajadores de sociedades irregulares. Carácter de la relación, encuadramiento en materia de Seguridad Social», en el vol. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), págs. 817 y ss.

<sup>91</sup> Al respecto, la disposición adicional 1ª de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, indicaba que «el Gobierno, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta Ley presentará, ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple la mejora de las prestaciones y su aproximación a las del Régimen General, así como la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas».

abogados)<sup>92</sup> puedan elegir entre formalizar la cobertura de su protección, bien—como es usual—con la Administración de la Seguridad Social, bien con su correspondiente «Mutualidad de Previsión Social»<sup>93</sup>; 2) *en materia de cotización*—y supuesto que hubiesen optado por la Administración de la Seguridad Social—, la relativa a que los autónomos encuadrados en este Régimen Especial puedan elegir sus propias bases de cotización, dentro de los límites anualmente fijados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>94</sup>; y 3) *en materia de prestaciones*—supuesto igualmente que hubiesen optado por la Administración de la Seguridad Social—, la relativa a que voluntariamente y cotizando más puedan mejorar su tradicional cobertura mínima, ampliándola a la protección por riesgos profesionales (esto es, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)<sup>95</sup>.

Los autónomos carecen de protección por desempleo<sup>96</sup>. También carecen de la protección por incapacidad permanente parcial, aunque—desde 1 enero 2003—tengan derecho a la protección de la contingencia de incapacidad permanente total «cualificada»<sup>97</sup>, pues

<sup>92</sup> Específicamente relativa a ellos, STSud de 25 enero 2000 (Ar. 657).

<sup>93</sup> Sobre el tema, la LPL afirma que los tribunales laborales serán competentes para conocer de las cuestiones litigiosas «entre los asociados y las Mutualidades, excepto las establecidas por los Colegios Profesionales, en los términos previstos en los artículos 64 y siguientes y en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, así como entre las fundaciones laborales y entre éstas y sus beneficiarios, sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus obligaciones específicas y derechos de carácter patrimonial, relacionados con los fines y obligaciones propios de esas entidades» [artículo 2.d)].

<sup>94</sup> Cfr. artículo 43.2 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>95</sup> Según la disposición adicional 34ª.1, párrafo segundo, de la LGSS, «se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial» (inciso primero), y «se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas anexa al Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social» (inciso segundo), aunque esta última referencia debe entenderse efectuada hoy al Real Decreto 1299/2006, de 10 noviembre, que expresamente deroga la norma citada por el inciso en cuestión. El recién citado concepto de accidente de trabajo hay que considerarlo completado con el mucho más detallado que contiene la citada Ley 20/2007, relativo a todo lo siguiente: «se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma» (artículo 26.3, párrafo segundo, inciso primero); «salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate» (*ibidem*, inciso segundo).

<sup>96</sup> No obstante, sobre la eventual puesta en marcha en el futuro de una «prestación por cese de actividad», la disposición adicional 4ª de la Ley 20/2007 afirma que «el Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida».

<sup>97</sup> Acerca de su protección por incapacidad permanente total *simpliciter*, véase E. GONZÁLEZ BIEDMA, «Regímenes especiales de Seguridad Social y principio de igualdad: régimen especial de autónomos e invalidez», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XI, Civitas (Madrid, 1994), págs. 438 y ss.



su «pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual se incrementará en un 20 por 100 de la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión»<sup>98</sup>, siempre y cuando «el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años»<sup>99</sup>, «no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social»<sup>100</sup>, y además, «no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ... como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo»<sup>101</sup>.

En 1 enero 2004, a los autónomos se les abrió la posibilidad de cubrirse —voluntariamente— frente a su incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, en cuyo caso debían formalizar el aseguramiento de esta contingencia con una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social<sup>102</sup> —en concepto no de «asociados» a la Mutua (que sólo lo son los empresarios respecto de sus trabajadores), sino de «adheridos»<sup>103</sup>—, resultando imprescindible la cobertura de la misma, al efecto de ampliar —siempre con la misma Mutua— su protección a las contingencias derivadas de riesgos profesionales (esto es, por incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional)<sup>104</sup>. No obstante, a partir de 1 enero 2008 la voluntariedad se convierte en obligatoriedad, puesto que «los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria» (disposición adicional 3ª.1, párrafo primero, de la Ley 20/2007).

También lógicamente, aquí la cuota de Seguridad Social es única, afirmando incluso la LGSS que «no será exigible, sin embargo, la presentación de documentos de cotización en plazo reglamentario de las cuotas del ...[Régimen Especial] de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos ..., siempre que los sujetos obligados a que se refieran dichas cuotas hayan sido dados de alta en el plazo reglamentariamente establecido»<sup>105</sup>.

**§6. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar**<sup>106</sup>, cuya gestión continúa confiándose al ISM<sup>107</sup>, es relativamente parecido al Régimen Especial Agrario (como él, su fuente reguladora principal es un texto refundido de diversas leyes, promulgado en 1974<sup>108</sup>;

<sup>98</sup> Cfr. artículo 38.1, párrafo tercero, del Decreto 2530/1970, en la redacción que le dio el artículo 3 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril.

<sup>99</sup> *Ibidem*, letra a).

<sup>100</sup> *Ibidem*, letra b).

<sup>101</sup> *Ibidem*, letra c).

<sup>102</sup> Al respecto, véase artículo 47.2 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, en la redacción que le dio el Real Decreto 1273/2003, así como los artículos 9 a 12 de este último Real Decreto.

<sup>103</sup> Véase *infra*, Tema 14, §3.

<sup>104</sup> Al respecto, véase disposición adicional 34ª de la LGSS, desarrollada por el artículo 47.3 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996 —en la redacción que le dio el Real Decreto 1273/2003—, así como por los artículos 3 a 8 de este último Real Decreto.

<sup>105</sup> Cfr. artículo 26.1, párrafo segundo, de la LGSS.

<sup>106</sup> Sobre el tema, la monografía fundamental continúa siendo la de X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 45 y ss.

<sup>107</sup> Véase *infra*, Tema 14, §2 y §6.

<sup>108</sup> Sobre la base de que la LGSS exige que este Régimen Especial esté regulado precisamente por norma con rango de «Ley» (artículo 10.3, inciso segundo), el texto refundido en cuestión aparece contenido en el Decreto 2864/1974, de 30 agosto, aprobando el texto refundido de las leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, de 21 junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Además, en la LGSS, véanse sus disposiciones adicionales 15ª, 16ª, 17ª y 19ª, aparte por supuesto la 8ª.

además, también se trata de un Régimen deficitario, en el que la proporción de cotizantes y pensionistas es de uno a dos), aunque la delimitación de su campo de aplicación resulte mucho más compleja<sup>109</sup>, pues —aparte el hecho de ser un Régimen Especial de carácter «mixto», como enseguida veremos— encajan aquí las actividades realizadas «en el mar» (como las de marina mercante, pesca marítima, tráfico interior de puertos e incluso las propias de embarcaciones deportivas y de recreo), las actividades realizadas «para el mar» (como las administrativas, técnicas y subalternas directamente conectadas con las anteriores, y también, las de estiba portuaria o de reparación de redes) y otras actividades distintas de las mencionadas (como, por ejemplo, la de explotación de plataformas petrolíferas situadas en el mar). En realidad, todas las especialidades de este Régimen se derivan del siguiente triple orden de factores, a saber: 1) el «buque», en cuanto que centro de trabajo muy especial que forma parte integrante del territorio del Estado de su abanderamiento, navegue por donde navegue<sup>110</sup>; 2) la existencia de trabajadores del mar por cuenta propia (por ejemplo, «los armadores de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas»)<sup>111</sup> y de trabajadores del mar por cuenta ajena (esto es, ligados al naviero o al armador por un contrato común de trabajo)<sup>112</sup>, lo que provoca —como se anticipó— que el de Trabajadores del Mar sea un Régimen Especial de carácter «mixto»; y 3) que, con relativa frecuencia, el trabajo en el mar sea un trabajo parciario, en el que no se cobra ningún salario por unidad de tiempo, sino retribución «a la parte»<sup>113</sup>. Estas especialidades justifican que existan tres grupos distintos de trabajadores del mar, a los efectos de su cotización a este Régimen Especial<sup>114</sup>, que son el «tercer grupo» (en el que se incluyen todos los trabajadores del mar por cuenta propia y, también, los por cuenta ajena, retribuidos «a la parte» y que presten sus servicios en buques de pesca de hasta 10 toneladas), el «segundo grupo» (en el que se incluyen los trabajadores del mar por

<sup>109</sup> Al respecto, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 171 y ss.

<sup>110</sup> Sobre «la Ley de Seguridad Social del pabellón», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «La Seguridad Social Internacional del mar», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII (1997), págs. 353 y ss.

<sup>111</sup> Cfr. artículo 2.b).1º del Texto Refundido aprobado por el Decreto 2864/1974.

<sup>112</sup> Véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 175 y ss.

<sup>113</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 150.

<sup>114</sup> Sobre el tema y su historia, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 300 y ss.

cuenta ajena, retribuidos «a la parte» y que presten sus servicios en buques de pesca de más de 10 y hasta 150 toneladas) y el «primer grupo» (en el que se incluyen todos los demás trabajadores del mar por cuenta ajena, distintos de los mencionados), debiendo tenerse en cuenta que los trabajadores de los grupos «tercero» y «segundo» cotizan con arreglo a un sistema de bases tarifadas —administrativamente fijadas cada año por una Orden Ministerial, coetánea de la Orden anual general de cotización—, mientras que los del «primer grupo» cotizan con arreglo a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>115</sup>.

Téngase en cuenta, a pesar de la desaparición con carácter general del Libro de Matrícula en 2001<sup>116</sup>, que la normativa reguladora del «Rol» de despachos y dotación de buques sigue plenamente vigente, habiéndose aprobado incluso en 2004 los nuevos modelos informáticos del mismo<sup>117</sup>.

Cómo es lógico, la normativa reguladora de este Régimen Especial contiene disposiciones específicas sobre los trabajadores autónomos del mar (aseguramiento obligatorio de riesgos profesionales<sup>118</sup>, cuota única, innecesariedad de formalizar documentos seriados de cotización<sup>119</sup>, etc.), teniendo en cuenta, además, que a los autónomos del mar se les aplican coeficientes reductores de la edad de jubilación (al igual que a los trabajadores por cuenta ajena), dada la intrínseca penosidad del trabajo que realizan<sup>120</sup>. Respecto de los trabajadores del mar por cuenta ajena, existe una rica casuística jurisprudencial relativa a los accidentes de trabajo *in itinere*, especialmente cuando el trabajador embarcado en uso de un permiso se traslada a tierra<sup>121</sup>.

Por razones comprensibles, la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar embarcados presenta peculiaridades múltiples, habiéndose resaltado doctrinalmente la colaboración que presta el ISM a los empresarios «con sus propios medios, concretamente a través: 1) de “centros radio-médicos”, como es el caso del Centro Radio-Médico situado en Madrid, que

<sup>115</sup> Todo este tema aparece regulado en los artículos 51 a 55 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>116</sup> Sobre el tema, véase M.P. MILLOR ARIAS, «La supresión del libro de matrícula del personal», *Círculo de Dirigentes*, núms. 50-51 (2002), págs. 28 y ss.

<sup>117</sup> Véase Resolución de la Dirección General de la Marina Mercante, de 13 febrero 2004 (BOE de 27 febrero 2004). Sobre los «Roles», sin los cuales las autoridades de marina pueden negar el despacho al buque, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 250 y ss.

<sup>118</sup> Al respecto, se afirma reglamentariamente que «los trabajadores por cuenta propia y los armadores [de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas]... están obligados a concertar con el Instituto Social de la Marina o con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por lo que se refiere a sí mismos» (cfr. artículo 48.4 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996).

<sup>119</sup> Al respecto, la LGSS afirma incluso que «no será exigible, sin embargo, la presentación de documentos de cotización en plazo reglamentario de las ... cuotas fijas ... del Régimen Especial del Mar..., siempre que los sujetos obligados a que se refieran dichas cuotas hayan sido dados de alta en el plazo reglamentariamente establecido» (cfr. artículo 26.1, párrafo segundo, de la LGSS).

<sup>120</sup> Véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 404 y ss. A pesar de todas las ambigüedades de su legislación reguladora, diversas circulares administrativas han aclarado que los trabajadores del mar por cuenta propia también tienen cubierta la contingencia de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes (*ibidem*, págs. 440 y ss.).

<sup>121</sup> *Ibidem*, págs. 351 y ss.

“permite la evacuación de consultas médicas durante las veinticuatro horas del día por vías telefónica y radiomarítima, atendiendo a buques situados en cualquier mar”; y 2) de “buques sanitarios”, destacando el llamado “Buque Esperanza del Mar”, en cuya dotación figuran “médicos que están embarcados en dicho buque”, el cual está provisto, además, “de una enfermería y de medios de evacuación de los tripulantes que necesitan asistencia hospitalaria”»<sup>122</sup>.

§7. La existencia del Régimen Especial de Estudiantes, que también forma parte —según la LGSS— del sistema español de Seguridad Social<sup>123</sup>, está plenamente justificada por razones profesionales, pues aun siendo cierto que los estudiantes no trabajan en sentido jurídico estricto ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, también lo es que el estudio es otra forma más de trabajo, que incluso puede científicamente medirse<sup>124</sup>. De acuerdo con la dispersa normativa reguladora de este Régimen Especial —que se remonta incluso a 1953<sup>125</sup>—, todo estudiante que curse estudios conducentes a la obtención de un título regulado por el Estado (educación secundaria, bachillerato, formación profesional, diplomaturas y licenciaturas universitarias, grado y posgrado universitario, etc.) queda comprendido en el campo de aplicación de este Régimen Especial<sup>126</sup>, debiendo tenerse en cuenta —según los Reglamentos generales de afiliación, altas y bajas, y de cotización y liquidación— lo siguiente: 1) que «en el Registro de Empresarios se incluirán ... los datos relativos a los centros docentes en que se encuentren matriculados estudiantes comprendidos en el campo de aplicación del Seguro Escolar»<sup>127</sup>; 2) que «los centros de enseñanza donde se efectúe la matriculación, sea ordinaria o extraordinaria, de alumnos incluidos en el campo de aplicación del Seguro Escolar facilitarán a la Tesorería General de la Seguridad Social la relación de alumnos matriculados en los mismos, dentro del mes siguiente al del cierre del respectivo plazo de matrícula, haciendo constar el número de la Seguridad Social, el número del documento nacional de identidad y el nombre y apellidos

<sup>122</sup> *Ibidem*, pág. 379.

<sup>123</sup> Véase su artículo 10.2.f).

<sup>124</sup> Al respecto, véase I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Ámbito Subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2006), págs. 118 y ss.

<sup>125</sup> Cfr. la Ley de 17 julio 1953, sobre establecimiento del Seguro Escolar, en cuya exposición de motivos se contraponían los «productores económicos» y los estudiantes universitarios de la época, refiriéndose a estos últimos, literalmente, como los «futuros cuadros dirigentes y profesionales del país», pues —continuaba— «de los hombres sabios los reinos y las tierras se aprovechan», decía el Rey Alfonso X en su admirable Partida Segunda.

<sup>126</sup> Acerca de eventuales exclusiones expresas del ámbito de aplicación de este Régimen, véase M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, 9ª ed., Tecnos (Madrid, 2007), pág. 503. Sobre la inclusión de los becarios de investigación de centros públicos (por ejemplo, de las Universidades públicas) en el Régimen General, véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>127</sup> Véase artículo 16.2 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

de cada alumno»<sup>128</sup>; y 3) que «en el Seguro Escolar son sujetos de la obligación de cotizar los estudiantes que reúnan las condiciones para ser incluidos en el campo de aplicación del mismo»<sup>129</sup>, afirmándose reglamentariamente que «la cantidad que deben abonar los alumnos se hará efectiva en el momento mismo de pagar la matrícula correspondiente»<sup>130</sup>. En cuanto que sujetos de derechos de Seguridad Social, los estudiantes son beneficiarios de diversas prestaciones económicas y sanitarias básicas, que protegen las contingencias de «infortunio familiar», «accidente» y «enfermedad»<sup>131</sup>, cuya satisfacción —en caso de denegación del reconocimiento del derecho a las mismas por parte del INSS— puede exigirse ante los tribunales laborales<sup>132</sup>.

En relación con estas prestaciones básicas, se considerará como accidente «toda lesión corporal de que sea víctima el estudiante con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de tal, incluso las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas o de “fin de carrera”, y otras similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas o autorizadas por los Centros de enseñanza»<sup>133</sup>; además, «la pensión por infortunio familiar tiene por objeto asegurar al estudiante la continuación de sus estudios ya iniciados hasta su término en el caso de fallecimiento del cabeza de familia u otra circunstancia que ocasione una absoluta imposibilidad de terminar sus estudios, como consecuencia directa de la situación económica sobrevenida en su hogar»<sup>134</sup>.

Sobre las cuotas a satisfacer a este Régimen Especial, «a partir del curso académico 1985-1986, queda fijada la cuantía de la cuota del Seguro Escolar en 374 pesetas por estudiante asegurado y curso académico, de las que 187 pesetas abonará el estudiante, y las 187 restantes, el Ministerio de Educación»<sup>135</sup>.

En fin, acerca de la evidencia de que los estudiantes trabajan y de que su trabajo puede llegar a medirse, baste indicar —en relación con el «Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS)», a implantarse en todo el Espacio Europeo de Educación Superior en 2010— que «el crédito europeo es la unidad de medida del haber académico que representa la *cantidad de trabajo del estudiante* para cumplir los objetivos del programa de estudios y que se obtiene por la superación de cada una de las materias que integran los planes de estudios de las diversas enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional»<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> Véase disposición adicional 3ª.2 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>129</sup> Véase artículo 60.1 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 2064/1995.

<sup>130</sup> Véase artículo 1.2 del Real Decreto 1633/1985, de 28 agosto, fijando la cuantía de la cuota e incompatibilidades de las prestaciones del Seguro Escolar.

<sup>131</sup> Al respecto, aparte la citada Ley de 17 julio 1953, véase también la Orden Ministerial de 11 agosto 1953, de desarrollo de la misma.

<sup>132</sup> Confirmándolo, véase una STSJ Madrid de 8 noviembre 2001 (Ar. 587 de 2002), a propósito del derecho a la asistencia sanitaria de cierto estudiante de formación profesional.

<sup>133</sup> Cfr. artículo 5, párrafo primero, de la Ley de 17 julio 1953.

<sup>134</sup> *Ibidem*, artículo 7, párrafo primero.

<sup>135</sup> Cfr. artículo 1.1 del citado Real Decreto 1633/1985.

<sup>136</sup> Cfr. artículo 3, inciso primero, del Real Decreto 1125/2003, de 5 septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

---

**TEMA 10**

**LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DEL SISTEMA  
DE SEGURIDAD SOCIAL**

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Los supuestos niveles «contributivo» y «asistencial» de la protección por desempleo. §3. La contingencia de desempleo. §4. Las prestaciones básicas por desempleo. §5. Las prestaciones complementarias por desempleo.

§1. La protección del desempleo tiene un carácter especialmente compulsivo en España, al aparecer específicamente exigida por la CE, cuyo artículo 41 afirma que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, *especialmente en caso de desempleo*». En el plano de la legislación ordinaria, este mandato constitucional aparece cumplido por los artículos 203 a 234 de la LGSS, que conforman el Título III de la misma (rubricado «Protección por desempleo»). Se trata de treinta y dos preceptos que resultan aplicables, en principio, no sólo a los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, sino también —aunque «con las peculiaridades que se establezcan reglamentariamente»— a «los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia»<sup>1</sup>. Y todo este complejo cuadro de fuentes reguladoras se completa con diversos reglamentos, de los cuales el más importante es el Real Decreto 625/1985, de 2 abril. Prueba la importancia de esta última norma reglamentaria, a pesar de todo el tiempo transcurrido desde su promulgación (y a pesar de todos los cambios padecidos desde entonces por la legislación ordinaria relativa al desempleo)<sup>2</sup>, el que parezca, a veces, una norma de rango superior al muy

---

<sup>1</sup> Artículo 205.2.

<sup>2</sup> Véase J.L. TORTUERO PLAZA, «La accidentada historia del Reglamento de protección por desempleo», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XII, Civitas (Madrid, 1995), págs. 356 ss.

modesto que formalmente tiene, vista su derogación parcial, pero expresa, que ha llegado a ordenar incluso alguna norma con rango de ley<sup>3</sup>.

Según la LGSS, «estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo» (artículo 205.1)<sup>4</sup>. Entre los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General que no cotizan por esta contingencia —y carecen, por ello mismo, de protección por desempleo—, se cuentan, por ejemplo, los trabajadores con contrato de trabajo para la formación (antiguos aprendices)<sup>5</sup>. Enervando jurisprudencia unificada anterior en sentido contrario<sup>6</sup>, el artículo 205.4 de la LGSS prevé ahora expresamente la protección por desempleo para «los miembros de las corporaciones locales... y los cargos representativos de los sindicatos..., siempre que todos ellos desempeñen los indicados cargos con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución»<sup>7</sup>.

Todos los Regímenes Especiales que encuadran trabajadores por cuenta ajena protegen esta contingencia<sup>8</sup>, salvo el de empleados de hogar<sup>9</sup>. En el Régimen Especial Agrario, a partir de 1 junio 2002, poseen protección por desempleo —aparte los trabajadores por cuenta ajena fijos— también los trabajadores eventuales cualquiera que sea el lugar de su trabajo en España, aunque los de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura sigan contando con un polémico sistema especial de subsidio por desempleo, a extinguir<sup>10</sup>. Por supuesto, los trabajadores autónomos carecen de protección por desempleo, aunque la Ley 20/2007, de 11 julio, aprobando el Estatuto del Trabajador Autónomo, prevé la posibilidad de que puedan llegar a disfrutar en el futuro de una denominada «prestación por cese de actividad»<sup>11</sup>.

Téngase en cuenta que alguno de los citados treinta y dos preceptos de la LGSS posee, en todo o en parte, naturaleza meramente reglamentaria, al autorizar la disposición final 5ª de la propia LGSS «al Gobierno» para que pueda proceder a modificarlos.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la Ley 45/2002, de 12 diciembre, cuya disposición derogatoria única, apartado c), procede a derogar (los párrafos b), c), d), e) y f) del apartado 1 del artículo 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo».

<sup>4</sup> Al respecto, véase J. GÁRATE CASTRO, «Desempleo. Trabajadores incluidos y excluidos de la cobertura», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. X (1996), págs. 81 ss. Acerca de la protección por desempleo de ciertos trabajadores autónomos asimilados a los por cuenta ajena, como los socios trabajadores y socios de trabajo de las cooperativas, supuesto que estuviesen encuadrados en el Régimen General, véase *supra*, Tema 2, §3 *in fine*.

<sup>5</sup> Cfr. artículo 11.2.i) del ET y disposición adicional 6ª de la LGSS. Acerca de los administradores sociales del artículo 97.2.k) de la LGSS, «asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial», véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>6</sup> Cfr. STSud de 25 octubre 2005 (Ar. 301 de 2006), a propósito de alcaldes y concejales.

<sup>7</sup> Párrafo 1º. El precepto continúa afirmando que «asimismo, estarán comprendidos en la protección por desempleo... los altos cargos de las Administraciones Públicas con dedicación exclusiva, percibiendo retribuciones y que no sean funcionarios públicos» (párrafo 2º, inciso primero).

<sup>8</sup> La LGSS alude expresamente a la protección por desempleo de los trabajadores agrarios (artículo 214.4) y de los trabajadores del mar (disposiciones adicionales 15ª, 16ª y 17ª).

<sup>9</sup> Cfr. artículo 28 del Decreto 2346/1969, de 25 septiembre.

<sup>10</sup> Cfr. artículos 3 y 4 de la Ley 45/2002. Sobre el tema, véase J.L. MONEREO PÉREZ, *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), págs. 61 ss.; también, F. CAVAS MARTÍNEZ, «La nueva protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios», *Aranzadi Social*, 2002-V, págs. 205 ss.

<sup>11</sup> Cfr. su disposición adicional 4ª. Su disposición adicional 10ª también prevé que «los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él», pero teniendo en cuenta que «en este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo».

§2. Los citados treinta y dos preceptos que conforman el Título III de la LGSS son el resultado de una historia legislativa accidentadísima, plagada de modificaciones continuas —sobre todo desde 1980<sup>12</sup>—, que han acabado provocando la existencia de contradicciones internas en dicho Título III, que el legislador nunca ha podido o sabido superar. La más grave se refiere a la supuesta existencia de dos niveles distintos de la protección por desempleo, que serían el «nivel contributivo» (regulado en su Capítulo II, artículos 207 a 214) y el «nivel asistencial» (regulado en su Capítulo III, artículos 215 a 219)<sup>13</sup>. Se trata de dos niveles creados por la Ley 31/1984, de 2 agosto, de protección por desempleo<sup>14</sup>, cuyo artículo 20 (rotulado «financiación») afirmaba, en perfecta congruencia con la creación de dichos dos niveles distintos, que «la prestación económica por desempleo del nivel contributivo... se financiará mediante la cotización de empresarios y trabajadores» (apartado 1), mientras que «el subsidio por desempleo [esto es, la prestación estelar de nivel asistencial] y la prestación de asistencia sanitaria, así como las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones contributivas y asistenciales, se financiarán exclusivamente con cargo al Estado» (apartado 2)<sup>15</sup>. Pero este último precepto fue enmendado sólo tres años y medio después por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988<sup>16</sup>, pasando a afirmar —ya sin distinción ninguna de niveles— que toda «la acción protectora [por desempleo]... se financiará mediante la cotización de empresarios y trabajadores y la aportación del Estado» (apartado 1), y que «la cuantía de la aportación del Estado será cada año la fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado» (apartado 2); todo ello, sin caer en la cuenta de que la mezcla de fuentes tan distintas de financiación (esto es, cotizaciones sociales e impuestos) dejaba sin base jurídico-financiera la distinción formal —que seguía manteniéndose— entre los niveles «contributivo» y «asistencial» de la protección por desempleo. Hoy el Título III de la LGSS, sin duda

<sup>12</sup> Al respecto, véase *supra*, Tema 1, §4. En la doctrina, J. GARCÍA MURCIA, «Cambio y continuidad en la protección por desempleo: a propósito de las reformas de 1992», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 61 (1993), págs. 696 ss.

<sup>13</sup> Contradictoria —desde un punto de vista sistemático— es también, por ejemplo, la afirmación de que «la prestación o subsidio se reanudará» en diversos supuestos, mencionados por el artículo 212.3 (por tanto, en pleno capítulo relativo al «nivel contributivo»).

<sup>14</sup> Sobre ella, véase A.V. SEMPERE NAVARRO, «La nueva regulación del desempleo: la Ley 31/1984 y su reglamento», *Documentación Laboral*, núm. 15 (1985), págs. 67 ss.

<sup>15</sup> Al respecto, véase C. VIQUEIRA PÉREZ, *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1990), págs. 33 ss.

<sup>16</sup> Cfr. la disposición adicional 15ª de la Ley en cuestión (que fue la Ley 33/1987, de 23 diciembre).



por inercia, sigue manteniendo mecánicamente esa misma contradicción<sup>17</sup> —que debe ser doctrinalmente impugnada, sobre todo tras el «Pacto de Toledo» de 1995 y sus recomendaciones sobre clarificación y separación de las fuentes de financiación de las prestaciones de Seguridad Social<sup>18</sup>—, aunque quepa obviarla —después de perfilar los rasgos que identifican la contingencia de desempleo (cfr. *infra*, §3)— distinguiendo, como siempre había hecho nuestra legislación general tradicional de Seguridad Social, entre prestaciones básicas por desempleo (cfr. *infra*, §4) y prestaciones complementarias de las básicas por desempleo (cfr. *infra*, §5), en cuanto que equivalentes de las que la LGSS todavía continúa llamando, con notoria impropiedad jurídica, prestaciones de «nivel contributivo» y de «nivel asistencial», respectivamente.

La confusión citada de fuentes de financiación explica que el artículo 86.2 de la LGSS, cuando procede a mencionar las prestaciones de Seguridad Social que «tienen naturaleza no contributiva», evite toda referencia a la protección por desempleo. Además, el artículo 204.3 de la propia LGSS reconoce el carácter complementario de lo que denomina «nivel asistencial», respecto del «nivel contributivo», al afirmar que «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 215».

Aunque sin aludir a dicha confusión financiera, la jurisprudencia laboral reconoce, respecto del subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años —prestación de «nivel asistencial», frecuentemente litigada ante los tribunales laborales—, que «no es una prestación pura y estrictamente asistencial, sino que tiene una naturaleza híbrida entre asistencial y contributiva que rebasa ampliamente los límites de una mera asistencia social»<sup>19</sup>.

En las Leyes generales de Seguridad Social de 1966 y 1974, las «prestaciones complementarias» por desempleo tenían todavía un carácter extraordinariamente embrionario<sup>20</sup>. Su desarrollo —paralelo al proceso imparable de crecimiento en España de los niveles de paro— se inicia con la Ley 51/1980, de 8 octubre, básica de empleo<sup>21</sup>.

**§3.** Lo que la contingencia de desempleo es se deduce del tenor —por lo demás, complejísimo— de los artículos 203, 208 y 215 de la LGSS, respectivamente rotulados «objeto de la protección», «situación legal de desempleo» y «beneficiarios del subsidio de desempleo»<sup>22</sup>. Según

<sup>17</sup> Véase su artículo 223 (rotulado «financiación»).

<sup>18</sup> Véase *supra*, Tema 1, §5.

<sup>19</sup> STSud de 23 mayo 2003 (Ar. 5866).

<sup>20</sup> Al respecto, el artículo 179.1 de la de 1974 afirmaba lo siguiente: «Las prestaciones complementarias tendrán por objeto la ayuda a los movimientos migratorios interiores de los parados, la asistencia a sus familias en caso de migración y el abono a los trabajadores de las indemnizaciones que les hayan sido reconocidas por la Magistratura de Trabajo por extinción de su relación laboral, cuando aquéllos no puedan hacerlas efectivas por insolvencia del deudor y con subrogación de la Entidad Gestora en los derechos que, por tal causa, correspondieran al trabajador. Estas prestaciones se determinarán reglamentariamente».

<sup>21</sup> Cfr. el capítulo III de su título II (artículos 25 a 28), rubricado «Prestaciones complementarias».

<sup>22</sup> Véase A. DESDENTADO BONETE y J.R. MERCADER UGUINA, *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas (Madrid, 1996), págs. 25 ss.; también, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *La situación legal de desempleo*, Universidad (Oviedo, 2005), págs. 43 ss.

estos tres preceptos, cabe definir la contingencia de desempleo como la situación en que temporalmente se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, cesan en el trabajo que venían realizando y, en consecuencia, se ven privados de sus rentas salariales. Se trata de una definición conformada por los cinco elementos esenciales siguientes.

La definición general que ofrece el apartado 1 del artículo 203 («el presente Título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley») resulta insatisfactoria, por causa del simplismo de la disyuntiva «pérdida del empleo» o «reducción de jornada» (en la que no encajan todas las posibles situaciones legales de desempleo), y además, porque prescinde de la esencial dimensión temporal de la contingencia.

En primer lugar, el elemento temporalidad. En efecto, a diferencia de otras contingencias protegidas por la LGSS (como las de viudedad, incapacidad permanente o jubilación), la de desempleo nunca se protege con carácter vitalicio o *sine die*, sino siempre con una estricta dimensión temporal. De ahí que en la LGSS existan sendos preceptos, respectivamente relativos a la «duración de la prestación por desempleo» (artículo 210) y a la «duración del subsidio» (artículo 216), que evidencian que las prestaciones económicas protectoras de esta contingencia tienen la naturaleza de meras percepciones periódicas temporales, al igual que ocurre, por ejemplo, con el subsidio de incapacidad temporal.

En congruencia con esta naturaleza temporal suya, la LGSS afirma que «el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá», entre otros varios casos, por «agotamiento del plazo de duración de la prestación» [artículo 213.1.a)], remitiendo a este mismo precepto luego, a propósito de la extinción del subsidio por desempleo (artículo 219.2)<sup>23</sup>.

La dimensión temporal de la contingencia de desempleo tiende inexorablemente a alargarse. Lo justificaba en su día la exposición de motivos de la citada Ley 31/1984, afirmando que «las sociedades occidentales... han presenciado durante estos años de dificultades económicas la progresiva descomposición de sus sistemas de protección al desempleo», al haberse «concebido como mecanismos coyunturales de protección a un desempleo también coyuntural, el denominado paro friccional», sin tener en cuenta que «la duración de la contingencia no ha dejado de prolongarse»<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Téngase en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 213.1.e) de la propia LGSS, según el cual también se extingue el derecho a la percepción de la prestación o subsidio por desempleo por «cumplimiento, por parte del titular del derecho, de la edad ordinaria de jubilación, con las salvedades establecidas en el artículo 207.d)». Este último precepto le exige al beneficiario de la prestación básica por desempleo «no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el periodo de cotización requerido para ello, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa».

<sup>24</sup> Por su parte, según confesaba la exposición de motivos de la Ley 62/1961, de 22 julio, implantando en España el seguro nacional de desempleo, esta última pretendía encarar «inevitables situaciones del paro llamado friccional, signo de una economía en evolución, que tienen que ser atendidas, aun cuando por su número no afecten gravemente a la vida pública».

La propia LGSS posibilita la modalización de «la duración de la prestación por desempleo» en algún caso concreto («se entenderá sin perjuicio de lo establecido legalmente en materia de reconversión y reindustrialización») <sup>25</sup>.

En segundo lugar, el elemento poder trabajar. Se trata de un elemento que permite distinguir el desempleo de otras contingencias protegidas por la LGSS, que también poseen una estricta dimensión temporal. Y es que —a diferencia, por ejemplo, del perceptor del subsidio por incapacidad temporal— el parado es apto físicamente para el trabajo, con independencia de que la LGSS prevea que mientras esté en situación de paro también pueda, al igual que un trabajador en activo, llegar a accidentarse o a enfermar <sup>26</sup>.

En relación con esto último, el artículo 222.3 de la LGSS regula el caso de que «el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo» (párrafo 1º), y también, el de que «el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo» (párrafo 2º) <sup>27</sup>.

En tercer lugar, el elemento querer trabajar. Evidentemente, se trata de una actitud subjetiva del parado. Pero la LGSS pretende objetivarla, imponiéndole al propio parado —para poder estar incurso en la contingencia— tres obligaciones distintas, relativas a lo siguiente: 1) su «inscripción como demandante de empleo», en el correspondiente Servicio Público de Empleo <sup>28</sup>; 2) la suscripción con este Servicio de un «compromiso de actividad» <sup>29</sup>, entendiéndose por tal el que el parado adquiere de «buscar activamente empleo, *aceptar una colocación adecuada* y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad» <sup>30</sup>; y 3) lógicamente, el cumplimiento de las exigencias del «compromiso de actividad» que hubiese firmado <sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Disposición adicional 14ª.

<sup>26</sup> Para el supuesto de que pase a la situación de maternidad o paternidad, véanse los párrafos 3º y 4º del artículo 222.3 de la LGSS.

<sup>27</sup> Sobre ambos supuestos, véase *supra*, Tema 5, §2.

<sup>28</sup> Cfr. artículos 209.1, inciso 2º, y 215.1 de la LGSS.

<sup>29</sup> Artículo 231.1.h) de la LGSS.

<sup>30</sup> Artículo 231.2, párrafo 1º, de la LGSS. Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de la violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito».

<sup>31</sup> Artículo 231.1.h) de la LGSS. Sobre el tema, véase L. MELLA MÉNDEZ, *El compromiso de actividad del desempleado*, Centro de Estudios Financieros (Madrid, 2005), págs. 9 ss.

Sobre la base de que la LISOS reputa infracción administrativa «grave» del beneficiario, en materia de Seguridad Social, «rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por el servicio público de empleo o por las agencias de colocación sin fines lucrativos» [artículo 25.4.a)]<sup>32</sup>, el larguísimo artículo 231.3 de la LGSS procede a especificar qué debe entenderse por dicho tipo de colocación<sup>33</sup>.

Según este precepto, la regla es que «se entenderá por colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas», y en todo caso, «la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses»<sup>34</sup>.

Ahora bien, «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»<sup>35</sup>, aunque respetando cierto tipo de límites, relativos a la distancia entre la residencia habitual del trabajador y el nuevo lugar de trabajo<sup>36</sup> y, también, al nuevo salario ofrecido<sup>37</sup>, entre otros límites más difusos<sup>38</sup>.

En cuarto lugar, el elemento cesar en un trabajo previo. De él se deriva, por ejemplo, la consecuencia de que quien nunca ha trabajado puede quizá estar parado, pero legalmente carecerá siempre de la condición de verdadero «desempleado», aunque figure inscrito como demandante de empleo (esto es, como demandante de su primer empleo), en el Servicio Público de Empleo correspondiente. Por eso, la LGSS habla

---

<sup>32</sup> Sancionable, según su artículo 47.1.b), párrafo 2º, con la pérdida de 3 meses de prestaciones (por la primera infracción), con la pérdida de 6 meses de prestaciones (por la segunda infracción) y con la extinción de prestaciones (por la tercera infracción). Además, según su artículo 47.2.a), párrafo 1º, estas mismas infracciones «se sancionarán con el cambio de la situación administrativa de su demanda de empleo de la de alta a la de baja, situación en la que permanecerá durante... tres... meses».

<sup>33</sup> Sobre el tema, véase I. ALBIOL MONTESINOS y A. BLASCO PELLICER, *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-ley 5/2002*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pags. 17 ss.

<sup>34</sup> Párrafo 1º.

<sup>35</sup> Párrafo 2º.

<sup>36</sup> Pues «la colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo 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, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el nuevo lugar de empleo» (párrafo 3º).

<sup>37</sup> «Dicha colocación para entenderse adecuada deberá implicar un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social» (párrafo 4º, inciso 2º), teniendo en cuenta que «el salario correspondiente a la colocación para que ésta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento» (párrafo 6º).

<sup>38</sup> «La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial» (párrafo 4º, inciso 1º), y además, «las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como 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, así como las características de los mercados locales de empleo» (párrafo 5º).

con naturalidad, para referirse al parado por ella protegido, de la «actividad [laboral] que venía desarrollando»<sup>39</sup>, de su «empleo anterior»<sup>40</sup>, de la necesidad de «haber trabajado»<sup>41</sup> o «cotizado»<sup>42</sup> previamente, etc., aunque todo esto pueda haber ocurrido muchos años antes. Pues bien, sobre esta base, la imprescindible cesación en un trabajo previo puede revestir tres modalidades principales distintas.

Con excesivo optimismo, la exposición de motivos de la citada Ley 31/1984 proclamaba el proyecto del Gobierno de entonces de «ampliar el ámbito de cobertura al colectivo integrado por los demandantes de primer empleo», a cuyo efecto aparecía incluido en el articulado de la propia Ley un precepto, relativo a que «el Gobierno podrá ampliar la cobertura de la contingencia de desempleo a otros colectivos, en las condiciones que se determinen reglamentariamente» (artículo 3.4).

Al respecto, la LGSS continúa afirmando todavía, asimismo sin mayores compromisos, que «el Gobierno podrá ampliar la cobertura de la contingencia de desempleo a otros colectivos»<sup>43</sup>.

La citada exigencia de cese en una actividad laboral previa sólo la excepciona el artículo 215.1.1.d) de la LGSS, incluso con carácter absoluto, en el caso de la prestación complementaria a percibir por «haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación [básica] por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses»<sup>44</sup>; y también, en el de otras personas distintas, pero expresa y comprensiblemente asimiladas a estos liberados de prisión<sup>45</sup>.

En efecto, según la LGSS, puede tratarse de una cesación temporal sin suspensión ni extinción del contrato de trabajo<sup>46</sup>, como ocurre, por ejemplo, durante los períodos de inactividad de los trabajos fijos-discontinuos, «incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva» (artículo 208.1.4, párrafo primero)<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 203.2.

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 204.2.

<sup>41</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 215.1.1.c).

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 215.1.2.

<sup>43</sup> Disposición final 5ª.1.

<sup>44</sup> Párrafo 1º. Sobre el artículo 12.4 del Real Decreto 625/1985, y en general sobre la protección por desempleo de este tan peculiar colectivo, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Régimen jurídico del subsidio por desempleo de los liberados de prisión», *Tribuna Social*, núm. 77 (1997), págs. 39 ss.

<sup>45</sup> Así, «se entenderán comprendidos en dicha situación 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 antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años» (párrafo 2º); «asimismo, se entenderán comprendidas en dicha situación las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabitación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal» (párrafo 3º).

<sup>46</sup> Al respecto, véase J. CABEZA PEREIRO, *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1996), págs. 17 ss.

<sup>47</sup> Concluyendo rotundamente que en estos casos lo que existe es «interrupción» de la actividad, pero en modo alguno «suspensión» del contrato de trabajo, véase STSud de 29 septiembre 2004 (Ar. 6060).

Puede tratarse, además, de una cesación temporal por suspensión del contrato de trabajo —aunque sólo en los supuestos de suspensiones colectivas de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor, a que se refiere el artículo 47 del ET, o en el de suspensión individual por causa de violencia de género, igualmente contemplado en el propio ET—, pues «se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores», entre otros varios supuestos, «cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, o en el supuesto [violencia de género] contemplado en la letra n) del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 208.1.2). Ahora bien, el supuesto más frecuente con mucho es, sin embargo, el de cesación definitiva por extinción del contrato de trabajo, cabiendo resumir toda la inútil prolijidad de la LGSS al respecto, en la afirmación de que la situación legal de desempleo se origina en todos y cada uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo que menciona el artículo 49 del ET (incluido el despido, en cualquiera de sus especies), aunque —según el artículo 208.2.1 de la LGSS— con exclusión de aquellos en que los trabajadores «cesen voluntariamente en el trabajo [lo que ocurre, en principio, por mutuo acuerdo extintivo, por denuncia del término resolutorio a instancia del trabajador, por denuncia de la condición resolutoria a instancia del trabajador y por dimisión del trabajador], salvo lo previsto en el apartado 1.1.e) de este artículo», teniendo en cuenta que esta remisión —verdadera excepción a la excepción, que ampara la existencia de situación legal de desempleo— se refiere a la «resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40 [traslados], 41.3 [ciertas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo], 49.1.m) [violencia de género] y 50 [despido indirecto] del Estatuto de los Trabajadores».

La afirmación por la LGSS de que la situación legal de desempleo se produce, en todo caso, «por despido» [artículo 208.1.1.c)] convierte en redundante el contenido del artículo 208.3 de la propia LGSS<sup>48</sup>, además de reforzar la declaración efectuada en su día por la exposición de motivos de la citada Ley 31/1984, en el sentido de que —como regla

---

<sup>48</sup> Según este último precepto, «en el supuesto previsto en el apartado 1, letra b) del artículo 111 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones de desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente Título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 210 ó 216.2 de la presente Ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados».

general— «se elimina del concepto de desempleo protegido la nota de *involuntariedad* en la pérdida del empleo anterior»<sup>49</sup>.

La denuncia de la condición resolutoria válidamente pactada en el contrato de trabajo, si producida a instancia del empresario, viene siendo considerada por reiterada jurisprudencia laboral causa constitutiva de la situación legal de desempleo, a pesar de su falta de mención expresa en el indeciblemente prolijo artículo 208.1 de la LGSS<sup>50</sup>.

Sin mayor violencia, cabe encajar entre los supuestos de dimisión tácita el caso previsto por el artículo 208.2.4 de la LGSS («cuando no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente»). En cambio, el previsto por el artículo 208.2.3 de la propia LGSS («cuando declarado improcedente o nulo 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 no se hiciera uso, en su caso, de las acciones previstas en el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral») viene a ser sólo una concreción particular de la exigencia general —para que la contingencia pueda existir— de que el parado no deba rechazar ninguna colocación adecuada que se le ofrezca.

En fin, el quinto elemento definidor de la contingencia se refiere a la necesidad de compensar la pérdida del salario, consiguiente a esa previa cesación temporal o definitiva en el trabajo. Según la LGSS, cabe teóricamente que la pérdida del salario pueda haber sido total o parcial, afirmando que «el desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario» (artículo 203.2), y que «el desempleo será parcial» en un único supuesto —en el que, por cierto, al igual que en el caso citado de los trabajos fijos-discontinuos, tampoco se produce ni la suspensión ni la extinción del contrato de trabajo—, esto es, «cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción» (artículo 203.3, párrafo 1º). En la práctica, sin embargo, lo único verdaderamente relevante es el desempleo total, pues —según la propia LGSS, confirmando que el desempleo parcial por reducción temporal de jornada resulta ser sólo un mero residuo histórico, mantenido por inercia<sup>51</sup>— «a estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de

<sup>49</sup> Esta misma exposición de motivos indicaba que a ello obligaban «los compromisos adquiridos desde la ratificación del Convenio número 44 de la OIT, por Instrumento de 8 de abril de 1971 (“Boletín Oficial del Estado” de 18 de mayo de 1972)». Véase P. RABANAL CARBAJO, «Las reformas en materia de desempleo», en J. GARATE CASTRO (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Ed. Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), pág. 103.

<sup>50</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 320.

<sup>51</sup> Aparecía ya previsto en el artículo 3, párrafo 1º, de la Ley 62/1961, de creación del seguro nacional de desempleo.

jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo» (artículo 203.3, párrafo 2º).

Acerca del carácter residual de la figura del desempleo «parcial», téngase en cuenta que el Real Decreto 43/1996, de 19 enero, aprobando el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo (o EREs), ni siquiera contempla expresamente la posibilidad de que las reducciones temporales de jornada puedan ser objeto de este tipo de expedientes<sup>52</sup>.

Por supuesto, el desempleo «parcial» no puede confundirse con la cesación en un trabajo a tiempo parcial, que técnicamente hablando es un supuesto de verdadero desempleo total. Lo regula el artículo 15 del Real Decreto 625/1985, estableciendo las cinco reglas siguientes: 1) «cuando un trabajador esté percibiendo prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga una colocación a tiempo parcial, se le deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado»<sup>53</sup>; 2) «cuando un trabajador realice un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, si pierde el trabajo a tiempo parcial, no podrá percibir prestación o subsidio por desempleo»<sup>54</sup>; 3) en cambio, «si pierde el trabajo a tiempo completo percibirá prestación o subsidio por desempleo, deduciéndose de la cuantía correspondiente la parte proporcional al tiempo trabajado»<sup>55</sup>; 4) «cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo, sin deducción alguna», aunque «la obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido»<sup>56</sup>; y 5) «en el caso de compatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo y trabajo a tiempo parcial, la reducción de la cuantía de dicha prestación o subsidio no alterará su duración computada en días naturales»<sup>57</sup>.

En fin, la citada función compensatoria de rentas explica que el artículo 221 de la LGSS (rotulado «incompatibilidades») afirme, de un lado, que «la prestación o el subsidio por desempleo 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»<sup>58</sup>; y de otro lado, que «serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de

<sup>52</sup> Según el Real Decreto 625/1985, «el pago... de la prestación por desempleo parcial se efectuará por la empresa por delegación del Instituto Nacional de Empleo, excepto cuando éste asuma el pago directo o así lo determine la autoridad laboral cuando la situación económica de la empresa lo aconseje» (artículo 26.4), teniendo en cuenta que «en los casos de pago delegado, las empresas se reintegrarán de las prestaciones que correspondan al Instituto Nacional de Empleo descontándolas del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de Seguridad Social correspondiente al mismo período» (artículo 26.5).

<sup>53</sup> Apartado 2.

<sup>54</sup> Apartado 3, inciso 1º.

<sup>55</sup> Apartado 3, inciso 2º.

<sup>56</sup> Apartado 4.

<sup>57</sup> Apartado 5.

<sup>58</sup> Apartado 1. A estos efectos, es trabajo incompatible por cuenta ajena el realizado percibiendo «becas» remuneratorias o prelaborales, según viene sancionando ya desde hace algún tiempo la jurisprudencia (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Régimen de las prestaciones. Automaticidad en el pago. Incompatibilidades. Reintegro de prestaciones indebidas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. X. [1996], págs. 286-287). Además, véase E. ROJO TORRECILLA, «Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 387 ss., y también, el prolijo artículo 15.1 del Real Decreto 625/1985.



carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo»<sup>59</sup>. Entre estas percepciones incompatibles, se cuentan los «salarios de tramitación» (por los que evidentemente el empresario cotiza, también en concepto de desempleo), existiendo al respecto en la LGSS reglas indeciblemente prolijas, orientadas a permitir que se operen los correspondientes reajustes (no sólo contables, en relación con las cotizaciones, sino también en lo tocante a la situación de alta o baja del trabajador), supuesto que el pleito por despido tramitado por el propio trabajador concluyese con su «readmisión» y consiguiente pago de «salarios de tramitación» o, en todo caso, con la condena al empresario demandado al abono de estos últimos, lo que provocaría que las prestaciones por desempleo eventualmente cobradas por el demandante pudiesen convertirse en total o parcialmente indebidas por la entidad gestora<sup>60</sup>.

§4. Aunque legalmente sean varias, la más importante de las prestaciones básicas por desempleo es una prestación económica periódica y temporal, que la LGSS denomina «prestación por desempleo». A pesar de toda la mezcolanza de sus fuentes de financiación, la propia LGSS la califica con alguna razón de «prestación contributiva»<sup>61</sup>, pues para poder cobrarla resulta preciso tener cubierto un «período mínimo de cotización», como regla general, «en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo». Este período de cotización se denomina «mínimo», pues para tenerlo cubierto han de haberse cotizado «360 días», como mínimo, equivalentes a doce meses de ocupación cotizada<sup>62</sup>.

La LGSS afirma que este período mínimo de cotización debe tenerlo cubierto el beneficiario dentro de «los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar»<sup>63</sup>. Esto último —sobre la base de la exigencia a los propios beneficiarios de que se trate de personas «afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta»<sup>64</sup>—, para amparar situaciones como la de incapacidad temporal cuando hayan transcurrido los dieciocho primeros meses de duración de la misma (en la que el trabajador sigue de alta, aunque haya cesado la obligación de cotizar)<sup>65</sup> o, también, las de excedencia forzosa (en la que el trabajador está en situación asimilada a la de alta, habiendo cesado asimismo la obligación de cotizar)<sup>66</sup>. Además, al efecto de neutralizar eventuales paréntesis cotizatorios, el Real Decreto 625/1985 afirma asimismo que el período de seis años en cuestión «se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en alguna de las situaciones asimiladas al alta»<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Apartado 2.

<sup>60</sup> Al respecto, véanse los apartados 4, 5 y 6 de su artículo 209.

<sup>61</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 215.1.2.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 210.1 de la LGSS.

<sup>63</sup> Artículos 207.b) y 210.1.

<sup>64</sup> Artículo 207.a) de la LGSS.

<sup>65</sup> Cfr. *supra*, Tema 5, §2 *in fine*.

<sup>66</sup> El tema de las situaciones asimiladas a la de alta, a efectos de la protección por desempleo, se regula en el artículo 2 del Real Decreto 625/1985, al que remite el Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero (cfr. *supra*, Tema 3, §8).

<sup>67</sup> Artículo 3.5.

A estos mismos efectos, la LGSS habla con toda propiedad de «período de ocupación cotizada»<sup>68</sup>, por causa de que para considerar cubierto el citado período mínimo de cotización se tienen en cuenta, a veces, cotizaciones ficticias<sup>69</sup>. Es el caso, por ejemplo, de los trabajadores con contrato suspenso durante las situaciones de huelga o cierre patronal legales (que son trabajadores «de alta especial», aunque se haya suspendido la obligación de cotizar)<sup>70</sup>, pues «para determinar el período mínimo de cotización... se asimilarán a cotizaciones efectivamente realizadas [por desempleo] el tiempo de cierre patronal o de huelga legales»<sup>71</sup>; o también, el de las trabajadoras con contrato suspenso por causa de violencia de género, pues «el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y *desempleo*»<sup>72</sup>.

La otra gran prestación básica es la cotización de oficio a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo<sup>73</sup>. Según la LGSS, se trata del «abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social de las prestaciones por desempleo... así como del complemento de la aportación del trabajador»<sup>74</sup>, teniendo en cuenta: 1) que «durante el período de percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación... la aportación que corresponda al trabajador»<sup>75</sup>; 2) que «en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador»<sup>76</sup>; 3) que «cuando se haya extinguido la relación laboral, la cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional»<sup>77</sup>; 4) que «durante la percepción de la prestación por desempleo, la aportación del trabajador a la Seguridad Social se reducirá en un 35 por 100, que será abonado por la entidad gestora»<sup>78</sup>; y 5) que, a efectos de la determinación de un nuevo y ulterior período de ocupación cotizada por desempleo, «no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora»<sup>79</sup>.

<sup>68</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 210.2. Véase J.A. MALDONADO MOLINA, *Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones*, Comares (Granada, 2003), págs. 3 ss.

<sup>69</sup> Evidentemente, no son ficticias, sino reales, las cotizaciones correspondientes a salarios de tramitación, aunque la LGSS también afirma que «el período correspondiente a los salarios de tramitación... se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos» (artículo 209.6).

<sup>70</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., págs. 465-466.

<sup>71</sup> Artículo 3.3 *in fine* del Real Decreto 625/1985. Sobre la no asimilación a período de ocupación cotizada —a efectos siempre de la protección por desempleo— de la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, véase *supra*, Tema 8, §7.

<sup>72</sup> Artículo 124.5 de la LGSS.

<sup>73</sup> Cfr., además, las otras (ligadas a políticas activas de empleo) que menciona el artículo 206.2 de la LGSS.

<sup>74</sup> Artículo 206.1.1.b).

<sup>75</sup> Artículo 214.1

<sup>76</sup> Artículo 214.2.

<sup>77</sup> Artículo 214.3.

<sup>78</sup> Artículo 214.4, inciso 1º. Según el inciso 2º de este mismo precepto, «en el supuesto de trabajadores fijos del Régimen Especial Agrario, dicha reducción será del 72 por 100».

<sup>79</sup> Artículo 210.2, párrafo 2º, que también exceptúa de esta regla el caso relativo a «cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral [por violencia de género] prevista en el artículo 45.1.n) del Estatuto de los Trabajadores».

Según el artículo 209 de la LGSS (rubricado «solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones»), los beneficiarios «deberán solicitar a la Entidad Gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo»<sup>80</sup>. Como regla, esta solicitud puede efectuarla el beneficiario «dentro del plazo de los quince días siguientes» al día en que se produjo la contingencia, sin merma ninguna de sus derechos<sup>81</sup>. En caso contrario, podría perder parte de la prestación, pues «quienes... presenten la solicitud transcurrido el plazo de quince días..., tendrán derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiere tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud»<sup>82</sup>.

Junto a su solicitud, los beneficiarios «habrán de acompañar certificado de Empresa y copia del documento acreditativo de la situación legal de desempleo»<sup>83</sup> —que puede ser el propio certificado de empresa<sup>84</sup>—, habiéndose creado una «aplicación informática denominada Certific@2 para la recepción y almacenamiento de los... datos [entre otros, del certificado de empresa] transmitidos por los empleadores a la entidad gestora para la gestión de las prestaciones por desempleo»<sup>85</sup>.

Los diversos «documentos acreditativos de la situación legal de desempleo» aparecen prolijamente enumerados, aunque sin agotar toda la casuística posible<sup>86</sup>, en el Real Decreto 625/1985<sup>87</sup>, en la Ley 45/2002<sup>88</sup> y en la propia LGSS<sup>89</sup>.

El *dies a quo* de cómputo del plazo citado de quince días se pospone —con cicatería— en algún supuesto, pues «en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones

---

<sup>80</sup> Apartado 1, inciso 1º.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Apartado 2. Véase J.L. TORTUERO PLAZA, «Desempleo. Sobre los efectos de inscripción tardía en la Oficina de Empleo», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. V, Civitas (Madrid, 1988), págs. 230 ss.

<sup>83</sup> Artículo 21.5 del Real Decreto 625/1985. Sobre el «certificado de empresa», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., págs. 277 y 314.

<sup>84</sup> Cfr. artículo 1.6 del Real Decreto 625/1985.

<sup>85</sup> Cfr. artículo 2 de la Orden TAS/3261/2006, de 19 octubre, regulando la comunicación del contenido del certificado de empresa y de otros datos relativos a los períodos de actividad laboral de los trabajadores y el uso de medios telemáticos en relación con aquella.

<sup>86</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «El nuevo “compromiso de actividad”, de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 33 (2002), págs. 724-725, a propósito de «los casos de despido verbal, de despido tácito y de otros despidos improcedentes encubiertos bajo el ropaje de una extinción lícita del contrato de trabajo».

<sup>87</sup> Artículos 1, 11 y 12.

<sup>88</sup> Disposición transitoria 2ª.

<sup>89</sup> Disposición adicional 42ª, a propósito de las víctimas de violencia de género y de ciertos cargos políticos y sindicales.

anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización 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»<sup>90</sup>.

Una vez cursada su solicitud, al beneficiario se le reconoce el derecho a percibir la prestación en proporción a los períodos previos de cotización que tuviese acreditados, según dispone el artículo 210 de la LGSS (rubricado «duración de la prestación por desempleo»). De acuerdo con este precepto, existen hasta once tramos distintos de períodos previos de cotización (cada uno de ellos, salvo el primero de doce meses, por el equivalente de medio año *de cotización*), que se corresponden con otros once tramos de períodos de prestación (cada uno de ellos, salvo el primero de cuatro meses, por el equivalente, a su vez, de dos meses *de prestación*). Por eso mismo, al primer tramo de los de cotización (esto es, si se hubiese cotizado por desempleo «desde 360 hasta 539» días) le corresponden «120» días en el primer tramo de prestación (equivalentes, por tanto, a cuatro meses de prestación), al segundo tramo de los de cotización (esto es, si se hubiese cotizado por desempleo «desde 540 hasta 719» días) le corresponden «180» días en el segundo tramo de prestación (equivalentes, por tanto, a seis meses de prestación), y así sucesivamente, hasta llegar al tramo undécimo de cotización («desde 2160» días cotizados, equivalentes a seis años) que se corresponde con «720» días de prestación (equivalentes a veinticuatro mensualidades), que es la duración máxima de esta prestación.

Según el Real Decreto 625/1985, a efectos de la determinación de los días cotizados, debe procederse «excluyéndose, en todo caso, las cotizaciones por pagas extraordinarias»<sup>91</sup>.

En relación con los trabajadores contratados a tiempo parcial, recuérdese que cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada<sup>92</sup>.

Téngase en cuenta que para los trabajadores eventuales agrarios la escala de tramos de su «prestación por desempleo de nivel contributivo» es distinta, pero sólo en lo que se refiere a los períodos de prestación (el primer tramo se corresponde con «90» días de prestación, y el undécimo y último, con «540» días)<sup>93</sup>.

Según el artículo 211 de la LGSS (rubricado «cuantía de la prestación por desempleo»), el cálculo de lo que percibirá el desempleado

---

<sup>90</sup> Artículo 209.3, párrafo 1º, de la LGSS. Al respecto, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, «Solicitud, nacimiento y disfrute de prestaciones y subsidios de desempleo: artículo 1, apartados 6, 7 y 8, y disposiciones transitorias 4ª, 5ª y 6ª del Real Decreto-Ley», *Actualidad Laboral*, núm. 33 (2002), págs. 704-705.

<sup>91</sup> Artículo 3.3, inciso 1º.

<sup>92</sup> Véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>93</sup> Cfr. artículo 4.1.2).b) de la Ley 45/2002.

por este concepto, durante el tiempo que le corresponda, exige realizar las dos operaciones sucesivas siguientes: 1) ante todo, hallar la base reguladora de la prestación, que «será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días»<sup>94</sup> (promedio que se obtiene, como es lógico, «dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos ciento ochenta días cotizados»)<sup>95</sup>; y 2) a continuación, para poder obtener la cuantía de la prestación —topada, en todo caso, por aplicación del «indicador público de rentas de efectos múltiples» o IPREM<sup>96</sup>—, aplicar un porcentaje a esa base reguladora, que es «el 70 por 100 durante los ciento ochenta primeros días» de duración de la contingencia (esto es, durante los seis primeros meses de percepción de la prestación), y «el 60 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno» (esto es, durante los dieciocho meses restantes)<sup>97</sup>.

Aunque la base de cotización por desempleo incluye las horas extraordinarias, el propio artículo 211 de la LGSS afirma que «en el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por horas extraordinarias»<sup>98</sup>.

Según este mismo precepto, la cuantía de la prestación por desempleo tiene unos topes máximo y mínimo, cuyo referente es «el indicador público de rentas de efectos múltiples mensuales, incrementado en una sexta parte, vigente en el momento del nacimiento del derecho»<sup>99</sup>. Con este referente, «la cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo»<sup>100</sup>; y «la cuantía mínima... será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo»<sup>101</sup>.

En principio, «el abono de la prestación... por desempleo se realizará por mensualidades de treinta días, dentro del mes inmediato siguiente al que corresponda el devengo»<sup>102</sup>,

<sup>94</sup> Apartado 1, párrafo 1º.

<sup>95</sup> Cfr. artículo 4.1 del Real Decreto 625/1985.

<sup>96</sup> Como se sabe, el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio, sobre racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, afirma que «para que pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, y pueda sustituir en esta función al salario mínimo interprofesional, se crea el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)» (artículo 2.1), a cuyo efecto «anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará la cuantía del citado indicador teniendo en cuenta, al menos, la previsión u objetivo de inflación utilizados en ella», previa consulta del Gobierno «a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la cuantía del IPREM» (artículo 2.2, párrafo 1º).

<sup>97</sup> Apartado 2.

<sup>98</sup> Apartado 1, párrafo 2º, inciso 1º.

<sup>99</sup> Apartado 3, párrafo 4º.

<sup>100</sup> Apartado 3, párrafo 1º, inciso 1º. Según el inciso 2º, «en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador».

<sup>101</sup> Apartado 3, párrafo 2º. «En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías máxima y mínima a la que se refieren los párrafos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas» (párrafo 3º).

<sup>102</sup> Artículo 26.1 del Real Decreto 625/1985.

mediante «el abono en la cuenta de la entidad financiera colaboradora indicada por el solicitante o perceptor, de la que sea titular, salvo en los casos, debidamente justificados, en los que la entidad gestora permita el pago en efectivo por la entidad financiera»<sup>103</sup>. La posibilidad de percibir de una sola vez el importe de toda la prestación a que teóricamente pudiese tenerse derecho (o «modalidad de pago único») —especie de anticipo no reintegrable, basado en la presunción antijurídica de que el desempleado estaría en paro durante todo ese tiempo de disfrute teórico posible— ha quedado reconducida a supuestos meramente residuales<sup>104</sup>, por causa de los fraudes a que daba lugar<sup>105</sup>.

Dado que el perceptor de esta prestación no puede rechazar ninguna oferta de colocación adecuada que se le haga, resulta lógico que en la LGSS aparezca regulado el impacto de la colocación aceptada sobre el derecho a la percepción de la prestación. Según su artículo 212, el impacto es suspensivo si se trata de colocación laboral de duración inferior a doce meses —esto es, de ocupación no susceptible de generar por sí misma un nuevo derecho a prestación—, pues «el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá», entre otros varios casos, «mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses»<sup>106</sup>, reanudándose luego —por el tiempo que reste, esto es, sin recalcularlo en función de las nuevas cotizaciones correspondientes a la ocupación aceptada—, «previa solicitud del interesado..., siempre que... acredite que ha finalizado la causa de suspensión», y por supuesto, que la finalización de tal causa «constituye situación legal de desempleo»<sup>107</sup>. Por su parte, según el artículo 213, el impacto puede ser extintivo si se trata de colocación laboral igual o superior a doce meses —y por tanto, de ocupación susceptible de generar un nuevo derecho a prestación<sup>108</sup>—, pues «el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá», entre otros varios casos, por «realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 210»<sup>109</sup>, afirmando este último precepto, a su vez, lo siguiente: 1) «cuando

<sup>103</sup> *Ibidem*, artículo 26.2, párrafo primero.

<sup>104</sup> Al respecto, véanse artículo 228.3 de la LGSS y disposición transitoria 4ª de la Ley 45/2002.

<sup>105</sup> Al respecto, véase STSud de 17 octubre 2002 (Ar. 10686). Sobre la necesidad de reordenar esta modalidad de pago de la prestación por desempleo, véase la disposición adicional 9ª de la citada Ley 20/2007, aprobando el Estatuto del Trabajador Autónomo.

<sup>106</sup> Apartado 1.d). Este mismo apartado equipara al trabajo en cuestión el «trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses».

<sup>107</sup> Cfr. apartado 3.b), párrafo 1º.

<sup>108</sup> Acerca de los antecedentes legales de esta institución, véase J. CABEZA PEREIRO, *La extinción del desempleo*, Comares (Granada, 1997), págs. 81 ss.

<sup>109</sup> Apartado 1.d). Este mismo apartado equipara al trabajo en cuestión el «trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses».

el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, éste podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas»<sup>110</sup>; y 2) «cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior»<sup>111</sup>.

El que las nuevas cotizaciones correspondientes a la colocación meramente suspensiva no permitan recalcular el tiempo que reste de percepción de la prestación, asimismo suspendida, lo aclara el Real Decreto 625/1985, según el cual «la reanudación supondrá el derecho a percibir la prestación... por el período que restase y con las bases y tipos que correspondiesen en el momento de la suspensión»<sup>112</sup>.

Estas nuevas cotizaciones no utilizadas quedan en reserva hasta que, sumadas a otras posteriores, permitan causar un nuevo derecho a prestación, pues «a efectos de determinación del período de ocupación cotizada... se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior»<sup>113</sup>.

Evidentemente, esta posibilidad de acumular cotizaciones no computadas (y no perdidas) se presta a fraudes (por ejemplo, la celebración de contrato de trabajo luego extinguido por el empresario en período de prueba, bien con la finalidad de obviar la extinción voluntaria por el trabajador de una relación laboral previa, bien con la finalidad de que el propio trabajador complete sus cotizaciones). Seguramente por ello, la LGSS afirma que la situación legal de desempleo sólo existirá «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»<sup>114</sup>.

**§5.** Aunque legalmente también sean varias, la más importante de las prestaciones complementarias por desempleo es una prestación económica periódica y temporal, que la LGSS denomina «subsidio por desempleo»<sup>115</sup>. En realidad, no existe un solo subsidio por desempleo, sino hasta nueve tipos distintos de ellos, mencionados en el

<sup>110</sup> Inciso 1º.

<sup>111</sup> Inciso 2º.

<sup>112</sup> Artículo 13.3.

<sup>113</sup> Artículo 210.2, párrafo 1º, inciso 1º, de la LGSS. El inciso 2º de este mismo precepto matiza que «no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral [por violencia de género] prevista en el artículo 45.1.n) del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>114</sup> Artículo 208.1.1.g). Confirmando la existencia de fraude —tras la extinción voluntaria de una relación laboral fija previa—, mediante la estipulación subsiguiente de contrato de trabajo a tiempo parcial de duración brevísima, véase STSud de 24 febrero 2003 (Ar. 3018). No siempre existe, sin embargo, fraude en este tipo de supuestos, como confirma una STSud de 21 junio 2004 (Ar. 7466).

<sup>115</sup> Véase L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta (Madrid, 1997), págs. 11 ss.

artículo 215 de la LGSS, que es su primer precepto relativo a la por ella misma llamada protección por desempleo de «nivel asistencial»<sup>116</sup>. Toda esta variada gama de subsidios presenta, sin embargo, un mismo y triple común denominador. En primer lugar, porque el beneficiario debe estar incurso en la contingencia de desempleo (radicalmente caracterizada, como se vio, por las notas de temporalidad, poder trabajar, querer trabajar, cesación en un trabajo previo y compensación del salario en su día perdido). En segundo lugar, porque al beneficiario de todos estos subsidios se le exige, además, cumplir el requisito de carencia de rentas (según la LGSS, «careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias») <sup>117</sup>. En tercer lugar, porque la regla es que la cuantía mensual del subsidio a percibir sea, en todos los casos, «igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento» <sup>118</sup>. Sobre esta triple base común, toda la variadísima gama de los subsidios en cuestión puede agruparse en dos grandes apartados, tomando como criterio clasificatorio el dato de que el subsidio de desempleo de que se trate aparezca encadenado o no a una prestación por desempleo previamente agotada.

<sup>116</sup> Se trata de los nueve subsidios siguientes: por «haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares» [artículo 215.1.1.a)]; por «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» [artículo 215.1.1.b)]; por «ser trabajador español que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, 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 a España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo» [artículo 215.1.1.c)]; por «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» [artículo 215.1.1.d)]; por «haber sido declarado plenamente capaz o inválido en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez» [artículo 215.1.1.e)]; por tratarse de «parados que... hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares» [artículo 215.1.2.a)]; por tratarse de «parados que... hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares» [artículo 215.1.2.b)]; por ser «trabajadores mayores de cincuenta y dos años» (artículo 215.1.3); y por tratarse de «desempleados mayores de cuarenta y cinco años en la fecha en que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de setecientos veinte días de duración» (artículo 215.1.4).

<sup>117</sup> Artículo 215.1.1, párrafo 1º.

<sup>118</sup> Artículo 217.1.1, párrafo 1º. Los apartados 2 y 3 del propio precepto contemplan diversas excepciones a la regla, pensadas para proteger a ciertos subsidiados con responsabilidades familiares. Lo que sea este tipo de responsabilidades aparece detallado en el artículo 215.2, según el cual «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 salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias» (párrafo 1º), teniendo en cuenta que «no se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias» (párrafo 2º).



Los diversos pormenores del requisito de la carencia de rentas —tan frecuentemente litigado— aparecen contenidos en el indeciblemente prolijo apartado 3 del artículo 215 de la LGSS, que es una norma redactada con «cruel precisión tributaria»<sup>119</sup>.

Según este precepto, el requisito en cuestión debe «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 establecidas en el presente artículo»<sup>120</sup>.

A efectos de determinar si concurre o no, computan cualesquiera bienes, derechos o rendimientos del solicitante, con algunas excepciones (por ejemplo, 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», el rendimiento económico correspondiente al valor de «la vivienda habitualmente ocupada» o el «importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por extinción del contrato de trabajo»)<sup>121</sup>.

Así, no aparece encadenado a ninguna previa prestación por desempleo el subsidio regulado en el artículo 215.1.2 de la LGSS, relativo a quienes «no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización» (recuérdese, de doce meses). Lo cobran quienes «hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares»<sup>122</sup> y, también, quienes «hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares»<sup>123</sup>. En este último caso —propio de jóvenes que hubiesen estado previamente empleados mediante contratos de trabajo precarios—, «la duración del subsidio será de seis meses improrrogables»<sup>124</sup>.

En caso de que el solicitante hubiese cotizado seis o más meses y tuviese responsabilidades familiares, el subsidio puede percibirse hasta un máximo de 21 meses, teniendo en cuenta que «si el subsidio tiene una duración de veintiún meses, se reconocerá por un período de seis meses, prorrogables hasta agotar su duración máxima»<sup>125</sup>.

Estos subsidiados quedan excusados de cumplir el tiempo de espera, exigible como regla para la percepción de estas prestaciones complementarias, a que se refiere el artículo 215.1.1 de la LGSS («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»)<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «El nuevo “compromiso de actividad”, de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo», cit., pág. 729.

<sup>120</sup> Subapartado 1, párrafo 1º.

<sup>121</sup> Cfr. subapartado 2.

<sup>122</sup> Apartado a).

<sup>123</sup> Apartado b).

<sup>124</sup> Artículo 216.2.b), párrafo 1º, de la LGSS.

<sup>125</sup> Artículo 216.2.a), párrafo 2º, de la LGSS.

<sup>126</sup> La excusa («salvo el relativo al período de espera»), en el artículo 215.1.2 de la propia LGSS.

Por supuesto, en este primer tipo de subsidios, «las cotizaciones que sirvieron para el nacimiento del subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho a la prestación del nivel contributivo»<sup>127</sup>.

En cambio, aparece encadenado a una previa prestación por desempleo el subsidio —propio de parados de larga duración— regulado en el artículo 215.1.4 de la LGSS, pues se le otorga a «los desempleados mayores de cuarenta y cinco años [y menores de cincuenta y dos] en la fecha en que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de setecientos veinte días de duración», pudiendo percibirlo durante un período de «seis meses»<sup>128</sup>. Tras agotarlo, este desempleado tiene entonces derecho a solicitar los subsidios de desempleo previstos en el artículo 215.1.1, apartados a) y b), de la LGSS<sup>129</sup>, que percibirá —supuesto, como parece más previsible, que tuviese responsabilidades familiares— por un «máximo de treinta meses»<sup>130</sup>. En fin, estos últimos subsidios pueden encadenarse, a su vez, al subsidio previsto por el artículo 215.1.3 de la LGSS —aplicable a desempleados «mayores de cincuenta y dos años, aunque no tengan responsabilidades familiares», siempre que «hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral» y, por último, «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»<sup>131</sup>—, a percibirse «hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación»<sup>132</sup>.

De acuerdo con el artículo 218 de la LGSS, téngase en cuenta —durante la percepción de todo tipo de subsidios por desempleo— que «la entidad gestora ingresará las cotizaciones

<sup>127</sup> Artículo 216.2.b), párrafo 2º, de la LGSS.

<sup>128</sup> Esto último, según el artículo 216.4 de la LGSS.

<sup>129</sup> La posibilidad de encadenamiento aparece expresamente prevista por el artículo 215.1.4 de la LGSS [«con carácter previo a la solicitud del subsidio por desempleo previsto en los párrafos a) y b) de dicho apartado 1.1»].

<sup>130</sup> Esto último, según el artículo 216.1.1.b) de la LGSS.

<sup>131</sup> Al respecto, véase D. TOSCANI GIMÉNEZ, *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 9 ss.

<sup>132</sup> Esto último, según el artículo 216.3 de la LGSS, en la redacción que le dio definitivamente la Ley 35/2002, de 12 julio. La referencia a la «edad ordinaria» de jubilación excluye ahora la posibilidad de que la entidad gestora pueda decretar la extinción del subsidio por haber cumplido el subsidiado la edad (60 ó 61 años) que le permita acceder a la jubilación contributiva anticipada (de cuantía minorada, por causa de la aplicación de porcentajes de penalización por cada año que le falte al subsidiado para cumplir la edad ordinaria de jubilación), pues el propósito de la enmienda definitivamente operada por la citada Ley 35/2002 —según confiesa su exposición de motivos— fue «la no extinción del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, por el mero hecho de que el beneficiario alcance la edad a la que pueda tener derecho a una pensión de jubilación en su modalidad contributiva». Sobre las diversas edades «ordinarias» de jubilación, véase *supra*, Tema 7, §2.

a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia»<sup>133</sup>, aunque «en el supuesto de subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, la entidad gestora deberá cotizar, además, por la contingencia de jubilación»<sup>134</sup>, tomando «como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento»<sup>135</sup>.

Evidentemente, cuando el subsidiado tiene más de 52 años la contingencia de desempleo tiende a desdibujarse, hasta el punto incluso de llegar a admitirse legalmente la «compatibilidad del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena», aunque en términos de vergonzante «subempleo»<sup>136</sup>. Siempre a propósito de este subsidio de desempleo para mayores de 52 años, la Ley 56/2003, de 16 diciembre —al condicionar la percepción de las prestaciones y subsidios por desempleo al hecho de que «los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo»<sup>137</sup>—, parece enervar la jurisprudencia laboral unificada que venía sosteniendo la necesidad de distinguir «entre aquellos solicitantes que durante un gran período se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar la prestación en cuyo caso se entiende que no están en situación real de desempleo porque ello no es suficiente para acreditar su voluntad de trabajar, de aquellos otros que, aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina correspondiente, por entender que éstos sí que se hallan en situación de desempleo, derivado de su manifiesta voluntad en tal sentido expresada con su inscripción en la correspondiente oficina con tiempo suficiente para dar ocasión de que se les ofreciera un nuevo trabajo que hubieran debido aceptar»<sup>138</sup>.

Por lo demás, el proceso de creación de nuevos supuestos de subsidio de desempleo, especialmente para proteger a parados menos jóvenes, resulta imparabile. El último hito está representado por la llamada «renta activa de inserción», regulada a través de programas de vigencia sólo anual, también autorizantes de un «subempleo» vergonzante. La norma amparadora de la creación de estos nuevos programas es la disposición final 5ª.4 de la LGSS, según la cual «se habilita al Gobierno a regular *dentro de la acción protectora por desempleo* y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral»<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> Apartado 1.

<sup>134</sup> Apartado 2.

<sup>135</sup> Apartado 4. Según la disposición adicional 28ª de la propia LGSS, «las cotizaciones efectuadas por la entidad gestora por la contingencia de jubilación..., tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla», aunque «en ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta Ley, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años». Sobre el tema, véase STSud de 16 octubre 2003 (Ar. 7584).

<sup>136</sup> Al respecto, véanse artículo 228.4 de la LGSS y disposición transitoria 5ª de la Ley 45/2002.

<sup>137</sup> Artículo 27.1.

<sup>138</sup> STSud de 11 noviembre 2003 (Ar. 593 de 2004); también, STSud de 16 noviembre 2006 (Ar. 1011 de 2007).

<sup>139</sup> Véase F. CAVAS MARTÍNEZ, «Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003», *Aranzadi Social*, 2003-V, págs. 191 ss. Sobre la norma en cuestión, véase L. MELLA MÉNDEZ, «Disposición final 5ª», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2003), págs. 1468 ss.

---

**TEMA 11**

**LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS NO CONTRIBUTIVAS  
DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. La asistencia social y la modalidad no contributiva de las prestaciones económicas de Seguridad Social. §2. La pensión por invalidez no contributiva. §3. La pensión por jubilación no contributiva. §4. Las prestaciones económicas de protección no contributiva de las «unidades familiares». §5. Los complementos para mínimos.

§1. La expresión «asistencia social» es una expresión constitucional, que utiliza el artículo 148.1.20<sup>a</sup> de la CE, al efecto de indicar que «las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias», entre otras materias, precisamente sobre la «Asistencia social»<sup>1</sup>. Sobre este precepto existe jurisprudencia constitucional muy relevante —dictada tanto por la vía del recurso de inconstitucionalidad como por la de resolución de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas—, en la que se afirma lo siguiente: 1) que «la noción de asistencia social no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general»<sup>2</sup>; 2) de acuerdo con estos conceptos y frente al sistema de Seguridad Social, que la «asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social»<sup>3</sup>; y 3) sobre todo, que existen dos tipos distintos de «asistencia social», pues —si se interpretan sistemáticamente los artículos 41 y 148.1.20<sup>a</sup> de la CE— cabe «inferir

---

<sup>1</sup> Véase L.E. DE LA VILLA GIL, «El contenido constitucional de la asistencia social», en A. MONTOYA MELGAR (Coordinador), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 587 y ss.; también, M.A. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, Consejo Económico y Social (Madrid, 2005), págs. 111 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. STC 76/1986, de 9 junio.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

la existencia de una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social y otra “externa”<sup>4</sup>. Precisamente, esta asistencia social «externa» al sistema de Seguridad Social es la asistencia social a que alude el artículo 148.1.20<sup>a</sup> de la CE, y se caracteriza —siempre según la jurisprudencia constitucional— no sólo por «su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios»<sup>5</sup>, sino también y sobre todo porque las ayudas en que se materializa «se financian con los créditos de los Presupuestos autonómicos»<sup>6</sup> y, por tanto, sin generar «obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado»<sup>7</sup>.

Además de constitucional, la expresión «asistencia social» es de origen foráneo, pues nuestra legislación —que la emplea, por vez primera, en 1958<sup>8</sup>— la tomó de cierta legislación francesa de 1953 (*assistance sociale*) y ésta, a su vez, de la Ley inglesa de Asistencia Nacional (*National Assistance Act*) de 1948, consecuencia del «Informe Beveridge» de 1942<sup>9</sup>. Los norteamericanos, refiriéndose a su legislación sobre el tema —anterior a ésta inglesa—, utilizan popularmente la palabra *welfare*, equivalente de asistencia social<sup>10</sup>.

El TC confirma que la asistencia social es heredera de la antigua «beneficencia», basada en criterios meramente graciables o caritativos de asistencia a los pobres, al indicar que «la Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces»<sup>11</sup>.

El logro más significativo de la citada asistencia social «externa» a la Seguridad Social son los popularmente llamados «salarios sociales» autonómicos<sup>12</sup>, que cuentan con denominaciones muy diversas según la Comunidad Autónoma de que se trate —en Galicia, por ejemplo, se les denomina «renta de integración social de Galicia» (o, popularmente, RISGA)<sup>13</sup>—, habiendo sido la norma autonómica pionera a este respecto el Decreto 39/1989,

<sup>4</sup> Cfr. STC 239/2002, de 11 diciembre.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*. Véase J. VIDA SORIA, «Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social», en E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO (Coordinadores), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 407 y ss.

<sup>8</sup> Al efecto, la Ley franquista de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de dicho año afirmaba que «todos los españoles tienen derecho ... a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales» (Declaración IX).

<sup>9</sup> Sobre todo esto, véase G. DIÉGUEZ, «Asistencia social», *Revista de Política Social*, núm. 92 (1971), págs. 31-32.

<sup>10</sup> Al respecto, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1997), pág. 17.

<sup>11</sup> Cfr. STC 146/1986, de 25 noviembre. Sobre el tema, véase F. DE VICENTE PACHÉS, *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Temas del Senado (Madrid, 2003), págs. 45 y ss.

<sup>12</sup> Acerca de todas estas denominaciones, véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 196 y ss.

<sup>13</sup> Véase la Ley del Parlamento de Galicia 9/1991, de 2 octubre, sobre medidas básicas para la inserción social (enmendada por las Leyes autonómicas 1/1999, de 5 febrero; 16/2004, de 29 diciembre; y 11/2007, de 27 julio).

de 28 febrero, del Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, sobre régimen jurídico de concesión del llamado «ingreso mínimo familiar». La Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, pretendió inviabilizar que las Comunidades Autónomas otorgasen con cargo a sus presupuestos prestaciones complementarias de las económicas de la Seguridad Social, especialmente en su modalidad no contributiva, mediante la adición de un nuevo apartado 4 al artículo 38 de la LGSS. Pero, vista la jurisprudencia constitucional citada sobre asistencia social, resultaba clara la inconstitucionalidad de semejante enmienda de adición<sup>14</sup>, por lo que jurídicamente nada cabe objetar a la ulterior promulgación de la Ley 4/2005, de 22 abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas, que procede a enmendar de nuevo el artículo 38.4 de la LGSS, al efecto de posibilitar que las Comunidades Autónomas otorguen a los perceptores de pensiones no contributivas, si residentes en ellas, complementos de las mismas financiados con cargo a los respectivos presupuestos autonómicos<sup>15</sup>.

Frente a ella, la asistencia social «interna» —que ningún inconveniente hay en llamar asistencia social de la Seguridad Social— aparece regulada, en principio, en los artículos 55 y 56 de la LGSS, que integran el capítulo VI de su Título I —aplicable, por tanto, a todo el sistema—, bajo la rúbrica «Asistencia social». Son dos preceptos que ya constaban en las precedentes Leyes generales de Seguridad Social de 1966<sup>16</sup> y 1974<sup>17</sup>, aunque —respecto de ellos— la LGSS haya suprimido dos incisos, lo que contribuye a reforzar la impresión de que se trata de preceptos de tenor muy vago y muy impreciso, inaplicables sin su correspondiente desarrollo reglamentario. A diferencia de sus precedentes —que sí contaron con dicho imprescindible desarrollo reglamentario—, ha de significarse que la LGSS nunca fue desarrollada en este concreto punto.

Los dos incisos suprimidos por la LGSS se referían a que «las decisiones de los órganos de gobierno en materia de asistencia social, no podrán ser objeto de recurso

---

<sup>14</sup> Según ella, «cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley».

<sup>15</sup> Tras la dicha Ley 4/2005, el artículo 38.4 de la LGSS pasa a afirmar ahora lo siguiente: «cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley» (párrafo 1º); «lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas» (párrafo 2º). Al respecto, la exposición de motivos de la propia Ley 4/2005 habla de la finalidad de «reconducir esta situación a los términos de la doctrina constitucional, garantizando a las Comunidades Autónomas el pleno ejercicio de sus competencias para determinar complementos de las pensiones no contributivas, cuando así lo acuerden sus respectivos parlamentos y, al mismo tiempo, posibilitar que estos complementos no minoren la cuantía de las pensiones no contributivas». Acerca de esto último, además, véase *infra*, §2 *in fine*.

<sup>16</sup> Artículos 36 y 37.

<sup>17</sup> Artículos 36 y 37.

alguno en vía administrativa ni jurisdiccional», y a que «las ayudas asistenciales comprenderán ... los subsidios de cuantía fija a quienes, agotados los plazos de percepción de prestaciones, en caso de desempleo, continúen en paro forzoso, siempre que carezcan de bienes y de rentas».

El desarrollo reglamentario de la Ley general de 1966 fue efectuado por la Orden Ministerial de 21 abril 1967, sobre normas para aplicación y desarrollo de la asistencia social en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por su parte, el desarrollo reglamentario de la Ley general de 1974 aparece contenido en la Orden Ministerial de 1 diciembre 1976, por la que se da nueva redacción a la recién citada de 21 abril 1967. Según ella, se otorgan «auxilios económicos», por ejemplo, a «quienes se encuentren en situación de paro forzoso sin tener derecho a prestaciones por desempleo o después de haber agotado los plazos reglamentarios de duración de estas prestaciones»<sup>18</sup>, o a «quienes se encuentren en situación de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional, debidas a enfermedad común, sin tener derecho a las prestaciones económicas correspondientes ni, en su caso, a subsidios económicos de recuperación profesional»<sup>19</sup>. Con toda razón, la jurisprudencia laboral unificada afirma, respecto de las prestaciones reguladas por esta Orden Ministerial —nunca formalmente derogada—, que «prácticamente se trata de prestaciones en desuso»<sup>20</sup>.

Esta falta de desarrollo reglamentario de los artículos 55 y 56 de la LGSS se explica, lógicamente, por hechos anteriores a la promulgación de la propia LGSS. De estos hechos, unos tienen que ver con el comienzo del desplome de la asistencia social de la Seguridad Social, que se produjo en la primera mitad de la década de los años ochenta del siglo pasado. Lo prueba contundentemente, por ejemplo, la supresión del «Fondo Nacional de Asistencia Social», ordenada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981<sup>21</sup>; y además, la supresión del «Instituto Nacional de Asistencia Social», creado en 1978<sup>22</sup>, al regularse la nueva estructura orgánica del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en 1985<sup>23</sup>.

El citado «Fondo Nacional de Asistencia Social» había sido creado, antes de la implantación de nuestro sistema de Seguridad Social, por la Ley 45/1960, de 21 julio<sup>24</sup>. Con cargo al mismo, se otorgaban pensiones asistenciales a ancianos y enfermos carentes de rentas, reguladas en el Decreto 1315/1962, de 14 junio, que le exigía al anciano «ser mayor de setenta y cinco años», y al enfermo «encontrarse totalmente incapacitado para el trabajo por enfermedad crónica incurable o invalidez física permanente», aunque indicando que «los auxilios a favor de enfermos tendrán carácter excepcional y serán concedidos discrecionalmente».

---

<sup>18</sup> Artículo 5.a).b').

<sup>19</sup> Artículo 5.a).c').

<sup>20</sup> Cfr. STSud de 26 mayo 2004 (Ar. 5029).

<sup>21</sup> Cfr. disposición adicional 4<sup>a</sup>.uno de la Ley 74/1980, de 29 diciembre.

<sup>22</sup> Por el artículo 1.2.2 del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

<sup>23</sup> Cfr. disposición adicional. 3<sup>a</sup>.1 del Real Decreto 530/1985, de 8 abril.

<sup>24</sup> Título II, artículos 7 a 11.

Tras la supresión de dicho Fondo en 1981, estas pensiones asistenciales fueron nuevamente reguladas y puestas al día por el Real Decreto 2620/1981, de 24 julio, que preveía el otorgamiento de las pensiones asistenciales en cuestión (exigiendo ahora «haber cumplido sesenta y nueve años de edad, en las ayudas por ancianidad»), pero con cargo a fondos del entonces Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, afirmándose en dicha norma que las resoluciones denegatorias que agotasen la vía administrativa «serán recurribles en vía contencioso-administrativa»<sup>25</sup>.

Confirma este mismo desplome el que en la época, al margen siempre de la asistencia social «interna» de la Seguridad Social, se creasen nuevas ayudas asistenciales. Es el caso de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona previstos por la Ley 13/1982, de 7 abril, de integración social de los minusválidos<sup>26</sup>. Según el Real Decreto 383/1984, de 1 febrero, de desarrollo de esta Ley, dichas específicas prestaciones económicas asistenciales para minusválidos «serán financiadas con cargo a las correspondientes asignaciones de los Presupuestos Generales del Estado»<sup>27</sup>.

Pero hay otros hechos, rigurosamente complementarios de los citados, que también explican la falta de desarrollo reglamentario en cuestión. Aparecen anunciados en la exposición de motivos de la Ley 26/1985, de 31 julio<sup>28</sup>, en la que —después de recordarse que esta «Ley dispone un incremento adicional en la cuantía de las pensiones asistenciales», por aquel entonces existentes<sup>29</sup>— se afirmaba que «el siguiente paso habrá de ser una r e g u l a c i ó n u n i t a r i a [de tales pensiones asistenciales]... para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia»<sup>30</sup>. Precisamente, este paso fue el que dio la Ley 26/1990, de 20 diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, que reordenó las prestaciones no contributivas de protección de la familia, previamente creadas por la citada Ley 26/1985<sup>31</sup>, y creó las nuevas pensiones no contributivas por invalidez y jubilación<sup>32</sup>.

La Ley 26/1990 declaró a extinguir las citadas prestaciones económicas para minusválidos, creadas en 1982 y reguladas en 1984, sobre subsidios de garantía de ingresos mínimos

---

<sup>25</sup> Artículo 13.

<sup>26</sup> Cfr. sus artículos 12, 14 y 16.

<sup>27</sup> Artículo 47.1.

<sup>28</sup> Formalmente denominada «de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social», y popularmente llamada «de recorte de las pensiones».

<sup>29</sup> El tema aparecía regulado en su disposición adicional 4ª.

<sup>30</sup> Párrafo octavo *in fine*. Al respecto, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, «Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social», *Relaciones Laborales*, 1988-II, págs. 11 y ss.

<sup>31</sup> El tema aparecía regulado en el artículo 5 de dicha Ley.

<sup>32</sup> Sobre ella, véase C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum (Murcia, 1998), págs. 21 y ss.



y por ayuda de tercera persona<sup>33</sup>. Por su parte, las también citadas pensiones asistenciales a ancianos y enfermos, creadas en 1960 y reactualizadas en 1981, fueron declaradas a extinguir por la Ley 28/1992, de 24 noviembre<sup>34</sup>.

En desarrollo de la Ley 26/1990, se promulgaron los Reales Decretos 356/1991, de 15 marzo (derogado por el Real Decreto 1335/2005, de 11 noviembre)<sup>35</sup>, y 357/1991, también de 15 marzo (que todavía permanece vigente)<sup>36</sup>.

Resulta completamente significativo que la creación de nuevas pensiones asistenciales por parte del Gobierno de la Nación se hiciese invocando el marco específico de la Ley 26/1990, y despreciando al tiempo el marco genérico que en relación con la asistencia social ofrecía la Ley general de Seguridad Social de 1974. Lo prueba la promulgación del Real Decreto 728/1993, de 14 mayo, estableciendo pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles<sup>37</sup>. Y es que la Ley 26/1990, anticipando la necesidad de promulgarlo, procedió a modificar el artículo 7.3 de la Ley general de Seguridad Social de 1974, pero dejando intocados los preceptos de esta última específicamente relativos a la asistencia social.

Lógicamente, de esta regulación trae causa la LGSS, que procedió a incorporar a su articulado —más concretamente, en su Título II, aunque declarándolo expresamente aplicable en este punto al conjunto de Regímenes del sistema— la pensión por invalidez no contributiva (cfr. *infra*, §2), la pensión por jubilación no contributiva (cfr. *infra*, §3) y las prestaciones de protección no contributiva de las unidades familiares (cfr. *infra*, §4). La propia LGSS confirma, además, el desplome actual de la asistencia social de la Seguridad Social —cuyo vacío pasan a ocupar las diversas modalidades no contributivas de las prestaciones económicas de Seguridad Social— en sus disposiciones transitorias sexta<sup>38</sup> y undécima<sup>39</sup>, orientadas a forzar la sustitución de las viejas pensiones

<sup>33</sup> Véase su disposición adicional 9ª.

<sup>34</sup> Artículo 7.

<sup>35</sup> Véase su disposición derogatoria única.a).

<sup>36</sup> Sobre ellos, véase R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «El desarrollo reglamentario de la Ley de prestaciones no contributivas», *Relaciones Laborales*, 1999-I, págs. 1081 y ss.

<sup>37</sup> Modificado últimamente por Real Decreto 1612/2005, de 30 diciembre.

<sup>38</sup> Según ella, «la condición de beneficiario de la modalidad no contributiva de las pensiones de la Seguridad Social será incompatible con la percepción de las pensiones asistenciales, reguladas en la Ley de 21 de julio de 1960 y suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, así como de los subsidios a que se refiere la disposición transitoria undécima de la presente Ley» (apartado 1); además, «la percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en los apartados 2, b) y c), del artículo 185 de esta Ley, será incompatible con la condición, por parte del hijo minusválido, de beneficiario de las pensiones asistenciales, reguladas en la Ley de 21 de julio de 1960 y suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 noviembre, o de los subsidios a que se refiere la disposición transitoria undécima de la presente Ley» (apartado 2).

<sup>39</sup> Según ella, «quienes a la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, tuvieran reconocido el derecho a los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, y suprimidos por la disposición adicional novena de aquélla, continuarán en el percibo de los mismos en los términos y condiciones que se prevén en la legislación específica que los regula, salvo que los interesados pasen a percibir una pensión no contributiva, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la presente Ley» (apartado 1).

asistenciales por dichas nuevas prestaciones económicas no contributivas. En fin, el artículo 86.2 de la LGSS también considera, con toda lógica, prestaciones económicas no contributivas los que denomina «complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social» (cfr. *infra*, §5), puesto que —al igual que las otras tres prestaciones económicas no contributivas citadas<sup>40</sup>— no se financian por la vía de las cotizaciones sociales, sino por la de los impuestos que el Estado recauda (según dicho precepto, «mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social»)<sup>41</sup>, lo que lógicamente marca, a su vez, las diferencias con la asistencia social «externa» al sistema de Seguridad Social —de competencia de las Comunidades Autónomas—, antes mencionada<sup>42</sup>.

Téngase en cuenta que el artículo 38.1 de la LGSS —precepto integrado en su Título I y, por tanto, aplicable a todo el sistema de Seguridad Social— afirma que «las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley»<sup>43</sup>, y además, que «las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de esta Ley»<sup>44</sup>.

La doctrina científica ha advertido que la sustitución citada de las viejas pensiones asistenciales por las nuevas no contributivas también «se fuerza mediante su congelación», en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, desde 1991<sup>45</sup>.

Evidentemente, hablamos de «desplome», pero no de desaparición de la asistencia social «interna» de la Seguridad Social, por cuanto el artículo 38.2 de la LGSS (complementando los ya citados artículos 55 y 56) todavía continúa afirmando —con bastante dosis de retoricismo, al mencionar el cuadro de prestaciones comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social— que «igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social»<sup>46</sup>. La

<sup>40</sup> Sobre prestaciones en especie no contributivas, como las sanitarias, véase *infra*, Tema 12, §1 y §2.

<sup>41</sup> La consumación de este peculiar tipo de financiación tiene, sin embargo, carácter progresivo (cfr. *infra*, §5).

<sup>42</sup> Acerca de la supuesta existencia de los niveles «contributivo» y «asistencial» de la protección por desempleo, véase *supra*, Tema 10, §2.

<sup>43</sup> Apartado c), párrafo segundo.

<sup>44</sup> Apartado d), párrafo segundo.

<sup>45</sup> Al respecto, véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), págs. 625 y 627.

<sup>46</sup> Téngase en cuenta, además, que el Reglamento sobre colaboración de las mutuas patronales en la gestión de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 diciembre, regula «prestaciones especiales» —en concepto de «asistencia social»—, que consisten «en la concesión de los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones concretas de necesidad, se consideren precisos», afirmando respecto de ellas que estas «prestaciones de asistencia social, de carácter potestativo claramente diferenciado de las prestaciones reglamentarias, pueden concederse a los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y a sus derechohabientes que, habiendo sufrido un accidente de trabajo o estando afectados por enfermedades profesionales, se encuentren en dichos estados o situaciones de necesidad» (cfr. su artículo 67.1). Prueba la vitalidad de estas prestaciones —más pegadas incluso a la antigua beneficiencia que a la moderna asistencia social— el hecho de que «un 10 por 100 [del exceso de excedentes] se destinará a asistencia social a favor de los trabajadores protegidos por la Mutua o sus derechohabientes, conforme a lo previsto en este Reglamento» (artículo 66.2).

expresión «asistencia social» parece hoy una expresión desgastada<sup>47</sup>, también desde el punto de vista universitario e incluso del relativo a la práctica profesional de la misma, pues los tradicionales asistentes sociales han pasado a denominarse ahora «trabajadores sociales»<sup>48</sup>.

§2. La invalidez no contributiva aparece regulada en los artículos 144 a 149 de la LGSS, que conforman una sección propia<sup>49</sup>. Sus beneficiarios posibles son todas las personas que tengan entre dieciocho y sesenta y cinco años de edad, siempre y cuando —además de estar comprendidas dentro de estos límites de edad— cumplan la triple condición siguiente: 1) «*residir legalmente* en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud»; 2) «estar *afectadas por una minusvalía* o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento»; y 3) «*carecer de rentas* o ingresos suficientes»<sup>50</sup>. La prestación económica que se asigna a esta contingencia es una pensión, teniendo en cuenta que su cuantía —hasta un tercio inferior a la cuantía de la pensión mínima por incapacidad permanente contributiva<sup>51</sup>— «se fijará en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»<sup>52</sup>. Como en la generalidad de las prestaciones económicas no contributivas, la financiación corre a cargo del Estado, a través de los Presupuestos Generales del mismo. En cambio, la gestión es autonómica, pues de ella (esto es, de la calificación de la invalidez, del control de la insuficiencia de rentas o ingresos y del reconocimiento del derecho) se ocupan las respectivas Comunidades Autónomas, aunque —según la LGSS— «las entidades y organismos [autonómicos] que gestionen las pensiones ... en sus modalidades no contributivas, vendrán

<sup>47</sup> Lo prueba el que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, aunque conozca tal expresión, hable en su artículo 27 —sin invocar en modo alguno los artículos 55 y 56 de la LGSS— de «ayudas sociales» (no de prestaciones de asistencia social), afirmando al respecto lo siguiente: 1) «cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional» (apartado 1); 2) como regla, que «el importe de esta ayuda será equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo» (apartado 2, inciso 1º); y 3) que tales «ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones [autonómicas] competentes en materia de servicios sociales» (apartado 3, párrafo 1º, inciso 1º).

<sup>48</sup> Acerca de la Diplomatura en Trabajo Social, véase el Real Decreto 1431/1990, de 26 octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Trabajo Social y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél.

<sup>49</sup> El rótulo de la misma es precisamente «Invalidez en su modalidad no contributiva».

<sup>50</sup> Cfr. artículo 144.1.

<sup>51</sup> Sobre esta última pensión, véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>52</sup> Cfr. artículo 145.1, párrafo primero.

obligados a comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social los datos ... referentes a las pensiones que hubiesen concedido»<sup>53</sup>.

La regulación del citado requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes —sobre el que incidirá, sin duda, un nuevo «complemento para vivienda» de implantación progresiva<sup>54</sup>—, contenida en el artículo 144, resulta de una prolijidad insufrible<sup>55</sup>. Al efecto, hay que distinguir al menos tres supuestos de hecho típicos: 1) si el beneficiario vive solo, «se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de las prestaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo siguiente»<sup>56</sup>, esto es, el importe de las prestaciones no contributivas de invalidez; 2) si el beneficiario convive con su cónyuge<sup>57</sup>, entonces «únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos ... sea inferior al límite de acumulación de recursos obtenido conforme a lo establecido en los apartados siguientes»<sup>58</sup>, esto es, el equivalente «a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión, más el resultado de multiplicar el setenta por ciento de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno»<sup>59</sup>; y 3) si el beneficiario vive con sus padres o hijos, entonces los citados límites de acumulación de recursos «serán equivalentes a dos veces y media de la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el apartado 2»<sup>60</sup>, esto es, lo dispuesto a propósito del límite de acumulación de recursos para el caso de convivencia del beneficiario con el cónyuge.

Lógicamente, «los perceptores de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva estarán obligados a comunicar a la entidad que les abone la prestación cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o la cuantía de aquéllas»<sup>61</sup>; y además, deberán «presentar, en el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de la respectiva unidad económica de la que forma parte, referida al año inmediato precedente»<sup>62</sup>.

Lo tocante a la cuantía de la pensión se regula en el también insufriblemente prolijo artículo 145<sup>63</sup>. Centrémonos en el supuesto que parece más probable<sup>64</sup>, si ninguno de los

<sup>53</sup> Cfr. disposición adicional 18ª.3, párrafo segundo. El procedimiento de gestión de esta contingencia aparece regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 diciembre.

<sup>54</sup> Según la disposición adicional 28ª de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, «el Gobierno establecerá un complemento para vivienda a las pensiones no contributivas de pensionistas que vivan solos y que, por carecer de vivienda habitual propia, deban pagar en régimen de alquiler su residencia habitual, en los términos que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado y sean desarrollados reglamentariamente», teniendo en cuenta que «estos complementos alcanzarán, en el plazo de cinco años, la cuantía necesaria para permitir que dichos pensionistas alcancen en renta disponible una situación equivalente a la que resulta por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples».

<sup>55</sup> Véase J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 168 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. artículo 144.1.d), inciso segundo.

<sup>57</sup> A estos efectos, se asimilan también los abuelos, los nietos y los hermanos (cfr. su apartado 4).

<sup>58</sup> Cfr. apartado 1.d), párrafo segundo.

<sup>59</sup> Cfr. apartado 2.

<sup>60</sup> Cfr. apartado 3.

<sup>61</sup> Cfr. artículo 149, inciso primero.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 149, inciso segundo. Desde el punto de vista de la incompatibilidad, véase R.P. RON LATAS, «Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la jurisprudencia laboral», *Aranzadi Social*, 1999-V, págs. 417 y ss.

<sup>63</sup> Véase A.V. SEMPÈRE NAVARRO y G.L. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 75 y ss.

<sup>64</sup> Para el caso de que «en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza», véase lo dispuesto en su apartado 1, párrafo segundo.

integrantes de la unidad económica percibe rentas o ingresos, entonces la cuantía de la pensión será igual al importe fijado por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado; en cambio, si percibiesen rentas o ingresos (incluidos eventuales complementos autonómicos), entonces la cuantía de la pensión es compatible «con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva», teniendo en cuenta que «en caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje»<sup>65</sup>, y además, que lo cobrable por el propio beneficiario nunca puede ser inferior, a su vez, al «veinticinco por ciento del importe de la pensión»<sup>66</sup>.

§3. La jubilación no contributiva aparece regulada en los artículos 167 a 170 de la LGSS, que también conforman una sección propia<sup>67</sup>. Sus beneficiarios potenciales son todas las personas que, «habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad»<sup>68</sup> (recuérdese que ésta es la edad ordinaria exigible para poder causar la jubilación contributiva ordinaria), no tengan derecho a la pensión de jubilación contributiva (por no haber cotizado lo suficiente o, incluso, por no haber cotizado nunca)<sup>69</sup>, siempre que residan legalmente en España (aunque más tiempo que el exigido para tener derecho a la pensión por invalidez no contributiva) y carezcan de rentas o ingresos suficientes. A estos beneficiarios se les otorga una pensión, cuyo régimen es del todo similar al de la pensión por invalidez no contributiva —hasta en tres ocasiones se remiten a ella los cuatro preceptos reguladores del tema—, pues tiene el mismo tope máximo que dicha pensión por invalidez no contributiva, financiándose asimismo por el Estado (vía Presupuestos Generales del mismo) y gestionándose por las Comunidades Autónomas<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. apartado 2, en la redacción que le dio la Ley 39/2006, de 14 diciembre (que procede a enmendar la dada por la Ley 8/2005, de 6 junio, que había enmendado, a su vez, la dada pocos días antes por la Ley 4/2005, de 22 abril). Esta regla conoce, sin embargo, una excepción («salvo lo dispuesto en el artículo 147»); precepto este último cuyo párrafo 2º —añadido por la citada Ley 8/2005, al efecto fundamental de no disuadir la realización de actividades lucrativas por personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100—, de nuevo con insufrible prolijidad, afirma lo siguiente: «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 podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento» (inciso 1º); «en caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)» (inciso 2º); «esta reducción no afectará al complemento previsto en el apartado 6 del artículo 145 de esta Ley» (inciso 3º).

<sup>66</sup> Cfr. apartado 4.

<sup>67</sup> El rótulo de la misma es precisamente «Jubilación en su modalidad no contributiva».

<sup>68</sup> Cfr. artículo 167.1.

<sup>69</sup> Sobre la jubilación contributiva, véase *supra*, Tema 7.

<sup>70</sup> Acerca de la naturaleza jurídica de esta pensión, véase A.V. SEMPERE NAVARRO y G.L. BARRIOS BAUDOR, «Régimen jurídico de la pensión de jubilación no contributiva», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director) y G.L. BARRIOS BAUDOR (Coordinador), *Pensiones por jubilación o vejez*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 679-680.

A diferencia del caso de la invalidez no contributiva, aquí a los potenciales beneficiarios se les exige que «residan legalmente en territorio español y lo hayan 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 prestación»<sup>71</sup>. En relación con trabajadores extranjeros (marroquí, en el caso), existe jurisprudencia laboral concluyendo que debe reconocérsele el derecho a esta pensión, pues «el demandante en el período controvertido sí residió “legalmente”, es decir, por imperio de la Ley, en territorio español, por más que no conste administrativamente la concesión de los permisos solicitados en dicho período»<sup>72</sup>.

Respecto del requisito de la carencia de rentas o ingresos, la LGSS se remite a «los límites establecidos en el artículo 144»<sup>73</sup>, ya vistos, a propósito de la invalidez no contributiva, teniendo en cuenta que gravitan sobre estos beneficiarios las mismas obligaciones documentales impuestas por la LGSS a los beneficiarios de pensiones por invalidez no contributiva, también vistas<sup>74</sup>.

Respecto de la cuantía de la pensión, la propia LGSS afirma que «para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se estará a lo dispuesto para la pensión de invalidez en el artículo 145 de la presente Ley»<sup>75</sup>.

**§4. Las prestaciones de protección no contributiva de las «unidades familiares»** constituyen el grueso del contenido del capítulo IX del Título II de la LGSS (rotulado «Prestaciones familiares»), artículos 181 a 190. Se trata de diecisiete preceptos (al artículo 182 le siguen los artículos 182.bis y 182.ter; y al artículo 188, los artículos 188.bis, 188.ter, 188.quáter, 188.quinques y 188.sexies), cuyo conjunto trae causa de la profunda reordenación de todo este capítulo operada por las Leyes 52/2003, de 10 diciembre, y 35/2007, de 15 noviembre<sup>76</sup>. Como en la modalidad contributiva de estas prestaciones, también cabe hablar aquí de sujetos «causantes» y de sujetos «beneficiarios»<sup>77</sup>, teniendo en cuenta que a estos últimos se les exige el cumplimiento del requisito común de que «residan legalmente en territorio español»<sup>78</sup>. Y como en la propia modalidad contributiva de esta contingencia, también aquí la protección

<sup>71</sup> Cfr. artículo 167.1.

<sup>72</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 28 enero 2004 (Jur. 91065).

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Pues «los perceptores de la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, estarán obligados al cumplimiento de lo establecido, para la pensión de invalidez, en el artículo 149 de la presente Ley» (artículo 170).

<sup>75</sup> Cfr. artículo 168.

<sup>76</sup> Se trata, además, de un conjunto de preceptos desarrollado reglamentariamente por el citado Real Decreto 1335/2005, de 11 noviembre.

<sup>77</sup> Véase *supra*, Tema 8, §1.

<sup>78</sup> Cfr. artículo 182.1.a), al que remiten después los artículos 185.2 y 187, párrafo primero. Véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «Notas sobre el derecho de las inmigrantes legales marroquíes a prestaciones no contributivas por hijo a cargo de la Seguridad Social española», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 7 (2003), págs. 831 y ss.

de las «unidades familiares», a través de prestaciones económicas diversas —financiadas siempre, como en la generalidad de prestaciones económicas no contributivas, por la vía de los Presupuestos Generales del Estado, y gestionadas por el INSS<sup>79</sup>—, resulta decepcionante. En efecto, consisten básicamente en lo siguiente: 1) por cada hijo menor de dieciocho años a cargo<sup>80</sup>, una «asignación económica ... en cómputo anual, de 500 euros, cuando el hijo ... tenga una edad inferior a 3 años, y de 291 euros, cuando el hijo ... tenga una edad comprendida entre los 3 y 18 años de edad»<sup>81</sup>, siempre y cuando la correspondiente «unidad familiar» no supere un determinado nivel de rentas o ingresos; 2) por nacimiento de hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales<sup>82</sup>, una cantidad alzada que «consistirá en un pago único de 1.000 euros»<sup>83</sup>, de nuevo siempre y cuando la correspondiente «unidad familiar» no supere un determinado nivel de rentas o ingresos; y 3) por parto múltiple<sup>84</sup>, otra cantidad alzada (que oscila entre cuatro veces el importe del salario mínimo interprofesional, si nacen dos hijos, y doce veces el importe del salario mínimo interprofesional, si nacen cuatro o más hijos)<sup>85</sup>, aunque esta prestación se otorga cualquiera que sea el nivel de renta de la «unidad familiar» afectada<sup>86</sup>.

Además, la citada Ley 35/2007 incorporó en la LGSS una nueva prestación no contributiva, a percibir en caso de nacimiento o adopción de hijo<sup>87</sup>. Pero se trata de una prestación de carácter subsidiario, dado que sólo se percibe en caso de que no se cumplan los requisitos legalmente establecidos para tener derecho a una deducción de 2.500 euros anuales —por nacimiento o adopción de hijo— en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>88</sup>. En

---

<sup>79</sup> Al respecto, véase J.F. BLASCO LAHOZ, *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 52 y ss.

<sup>80</sup> O, según el artículo 181.a), «por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo».

<sup>81</sup> Cfr. artículo 182.bis.1. La cuantía de la asignación económica por hijo a cargo puede eventualmente incrementarse, en la hipótesis de que el mismo «tenga la condición de minusválido» (cfr. artículo 182. bis.2).

<sup>82</sup> Literalmente, el artículo 181.b) de la LGSS se refiere al «nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas», teniendo en cuenta —respecto de las familias numerosas— que se trata de «los casos de nacimiento ... en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición» (cfr. artículo 185.1, párrafo primero).

<sup>83</sup> Cfr. artículo 186.1.

<sup>84</sup> O, según el artículo 181.c), adopciones múltiples.

<sup>85</sup> Cfr. artículo 188.

<sup>86</sup> Visto que el artículo 187, párrafo primero, sólo exige el cumplimiento de «los requisitos establecidos en los párrafos a) y d) del artículo 182».

<sup>87</sup> Cfr. artículo 181.d).

<sup>88</sup> Cfr. artículos 2 y 3.a) de la Ley 35/2007, así como su disposición final 1ª, que añade un artículo 81.bis en la Ley 35/2006, de 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

su caso, la cuantía de esta prestación no contributiva de carácter subsidiario —y compatible con las demás prestaciones no contributivas de protección de las «unidades familiares» de la LGSS<sup>89</sup>— se eleva a una cantidad alzada, en pago único, de 2.500 euros<sup>90</sup>.

Por lo que respecta a los niveles de renta exigibles, la LGSS sienta la regla general<sup>91</sup> —aplicable tanto al caso de la asignación económica por hijo a cargo, como al de la prestación por nacimiento de hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales— de que los beneficiarios «no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.000 euros»<sup>92</sup>, teniendo en cuenta que «la cuantía anterior se incrementará en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido»<sup>93</sup>, aunque aclarando a continuación que estos límites de ingresos «se actualizarán anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado»<sup>94</sup>.

Confirma el carácter decepcionante de estas prestaciones económicas el que la LGSS afirme que «las prestaciones reguladas en la presente sección serán incompatibles con la percepción, por parte del padre o la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social»<sup>95</sup>. Prestaciones semejantes se prevén, por ejemplo, en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, indicándose en la legislación reguladora de este último que «las prestaciones de protección a la familia establecidas en la presente Ley son incompatibles con cualesquiera otras análogas fijadas en los restantes regímenes del Sistema de la Seguridad Social»<sup>96</sup>.

**§5.** También tiene el carácter de prestación económica no contributiva la que la LGSS, en su artículo 50, denomina «complementos para pensiones inferiores a la mínima», que es una prestación también denominada legal y reglamentariamente «complementos para mínimos», «complementos por mínimos» o, incluso, «complementos a mínimos». Según este precepto, se trata de los «complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones», que tienen derecho a percibir, en principio, quienes sean «beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva», supuesto que estas pensiones no alcancen dicha cuantía mínima<sup>97</sup>. Lo dispuesto en el artículo 50 se completa con las normas que cada año

<sup>89</sup> Cfr. artículo 189.4.

<sup>90</sup> Cfr. artículo 188.ter.

<sup>91</sup> Existen reglas especiales «si se trata de personas que forman parte de familias numerosas» [cfr. artículo 182.1.c), párrafo segundo], «en el supuesto de convivencia del padre y de la madre» [cfr. artículo 182.1.c), párrafo tercero], y cuando los ingresos «sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a [los máximos admisibles]... 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 del beneficiario» [cfr. artículo 182.1.c), párrafo quinto].

<sup>92</sup> Cfr. artículo 182.1.c), párrafo primero, inciso primero.

<sup>93</sup> Cfr. artículo 182.1.c), párrafo primero, inciso segundo.

<sup>94</sup> Cfr. artículo 182.1.c), párrafo cuarto.

<sup>95</sup> Cfr. artículo 189.2, párrafo primero.

<sup>96</sup> Cfr. artículo 29.2 del texto refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 junio.

<sup>97</sup> Sobre «pensiones mínimas» de naturaleza contributiva, véase *infra*, Tema 13, §5.



contienen sobre el tema la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado (bajo la rúbrica «Complementos para mínimos»), que es quien debería financiar estos complementos<sup>98</sup> —en todo caso, gestionados por el INSS—, y el respectivo Real Decreto de revalorización de pensiones (bajo la rúbrica «Complementos por mínimos»). En virtud de este conjunto de normas, los complementos para mínimos consisten —en su variante más sencilla, que es la del pensionista que sólo cobra su pensión contributiva (de jubilación, de incapacidad permanente, de viudedad, de orfandad o en favor de otros familiares), sin ser perceptor de rentas de ningún otro tipo, y sin tener cónyuge a cargo— en una cantidad económica, cuyo importe es el resultado de efectuar una simple operación aritmética de resta, en la que el minuendo viene dado por la cuantía de la pensión contributiva mínima (que para cada tipo de pensión contributiva fijan las normas anuales citadas), y el sustraendo por la cuantía de la pensión contributiva en cuestión a complementar; razón por la cual el complemento para mínimos es la diferencia o resto entre una y otra cantidades. En cualquier caso, los complementos para mínimos son percepciones económicas no consolidables, lo que significa, por ejemplo, que —siempre según el artículo 50 de la LGSS— sólo se mantienen mientras sus beneficiarios «no perciban rentas de capital o trabajo personal» o, si «percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»<sup>99</sup>.

El propio artículo 50 de la LGSS afirma que «a los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a rentas de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social»<sup>100</sup>.

Tradicionalmente, las normas coyunturales citadas otorgan el complemento para mínimos a quienes tengan rentas o ingresos que no superen los límites en ellas fijados. Ahora bien, si se perciben rentas o ingresos que superen estos límites, entonces estas mismas normas coyunturales permiten percibir la diferencia resultante de restarle a la suma de la pensión mínima más el límite de rentas (en concepto de minuendo) la suma de la pensión más los ingresos y rentas (en concepto de sustraendo).

---

<sup>98</sup> Téngase en cuenta, según la disposición transitoria 14ª de la LGSS, que «lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86 de esta Ley, en lo que a los complementos a mínimos se refiere, se llevará a cabo, de modo paulatino, en un plazo que no superará los 12 años, contados a partir del 1 de enero de 2002, en los términos que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico» (párrafo primero); y además, que «hasta que no concluya el período a que se refiere el párrafo anterior, el coste de los complementos a mínimos, en la parte no cubierta por las aportaciones del Estado en los respectivos ejercicios, se financiará con cargo a los demás recursos generales del Sistema» (párrafo segundo).

<sup>99</sup> Párrafo primero.

<sup>100</sup> Párrafo segundo.

Siempre según estas normas coyunturales, un caso también típico es el del beneficiario que tenga cónyuge a cargo (esto es, «cuando aquel se halle conviviendo con el pensionista y dependa económicamente de él»). En este supuesto, cabe plantearse el cobro del complemento para mínimos, en principio, si los ingresos del matrimonio no superan los límites establecidos en las correspondientes normas coyunturales. Incluso si los ingresos superasen dichos límites, el complemento a percibir sería el resultado de restar a la suma del límite anual de ingresos del matrimonio más la cuantía de la pensión mínima (en concepto de minuendo) la suma de los ingresos del matrimonio más la cuantía de la pensión del beneficiario (en concepto de sustraendo).

---

**TEMA 12**

**LAS PRESTACIONES SANITARIAS DEL SISTEMA  
NACIONAL DE SALUD**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. El derecho genérico a la protección de la salud y el derecho específico a la protección pública y gratuita de la asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud. §2. Los «titulares» y demás «beneficiarios» del derecho a la protección pública y gratuita de la asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud. §3. Las prestaciones médicas del Sistema Nacional de Salud. §4. Las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud. §5. Otras prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

§1. Es evidente que todos los españoles y todos los extranjeros, siempre que se encuentren en España, tienen un derecho genérico a la protección de la salud, abstractamente regulado por el artículo 43 de la CE, relativo a que «se reconoce el derecho a la protección de la salud» (apartado 1), a que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (apartado 2, inciso 1º) —teniendo en cuenta que «la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (*ibidem*, inciso 2º)—, y a que «los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte» (apartado 3, inciso 1º)<sup>1</sup>. Ahora bien, igualmente resulta claro que no todas las personas recién mencionadas poseen el derecho a la protección pública y gratuita de la salud, que es un derecho mucho más específico que el genérico derecho constitucional del artículo 43, que acaba de mencionarse. En efecto, de este derecho más específico sólo gozan personas concretas, determinadas e identificadas, bien con la condición de verdaderos «titulares» del mismo, bien con la de simples «beneficiarios» (cfr. *infra*, §2), aunque cuantitativamente hablando pueda tratarse de sectores muy relevantes del conjunto de la población radicada en España. La satisfacción de este otro derecho

---

<sup>1</sup> Véase J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas (Madrid, 1989), págs. 33 ss.

más específico corre a cargo de nuestro «Sistema Nacional de Salud», que es —de acuerdo con la Ley 14/1986, de 25 abril, general de sanidad— el conjunto de Servicios de Salud de las diversas Comunidades Autónomas debidamente coordinados por el Estado<sup>2</sup>. Y a pesar de que —desde el año 2001— el grueso de la financiación de la sanidad pública española corre a cargo de los presupuestos de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas<sup>3</sup> —lo que explica la necesidad que hubo de promulgar la Ley 16/2003, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud—, todas las prestaciones que integran el derecho a la protección pública y gratuita de la salud —clasificables en prestaciones médicas (cfr. *infra*, §3), prestaciones farmacéuticas (cfr. *infra*, §4) y otras prestaciones sanitarias (cfr. *infra*, §5)— son, según la LGSS, verdaderas prestaciones de Seguridad Social —expresamente mencionadas como tales en el cuadro de prestaciones de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social<sup>4</sup>—, cuyo marco jurídico más básico aparece contenido todavía en el Capítulo IV (rubricado «Asistencia sanitaria») del Título II de nuestra segunda Ley general de Seguridad Social de 1974 (artículos 98 a 125), que ni la citada Ley 14/1986, general de sanidad, ni la propia LGSS se atrevieron nunca a derogar<sup>5</sup>.

Acerca de su incardinación en el cuadro de prestaciones de la Seguridad Social, la LGSS afirma que «tienen naturaleza no contributiva», entre otras, «las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social..., salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales» [artículo 86.2.b), párrafo 1º].

La transferencia de los servicios sanitarios desde el Estado a las diversas Comunidades Autónomas —completada con la promulgación de la Ley 21/2001, de 27 diciembre, que incluso prevé la financiación autonómica por medio de «tributos estatales cedidos»<sup>6</sup>— fue constitucionalmente posible, por causa de que la «sanidad» y la «Seguridad Social»

<sup>2</sup> Cfr. su artículo 44. Al respecto, véase M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *La ordenación sanitaria en España*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 134 ss.

<sup>3</sup> Cfr. ahora Capítulo V, artículos 78 a 83, de la Ley 14/1986, general de sanidad, enmendada.

<sup>4</sup> Véase artículo 38.1.a) de la LGSS.

<sup>5</sup> La disposición final 2ª de la Ley 14/1986, general de sanidad, preveía una fenomenal refundición de normas reguladoras de la asistencia sanitaria («en el plazo de dieciocho meses, contados a partir de la publicación de la presente Ley»), pero que nunca llegó a producirse.

<sup>6</sup> Respecto del tema, el artículo 10 de la citada Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, afirma que las prestaciones sanitarias «son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica», teniendo en cuenta que «las Comunidades Autónomas deberán destinar a la financiación de dichas prestaciones los mínimos previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre», y además, que «la suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías establecidas en esta Ley viene determinada por los recursos asignados a las Comunidades Autónomas conforme a lo establecido en la mencionada Ley 21/2001..., y de acuerdo con el principio de lealtad institucional, en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas».

aparecen mencionadas como materias distintas por el artículo 149.1 de la CE, a propósito de las competencias exclusivas del Estado, en su cláusula 16ª («Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos») y en su cláusula 17ª («Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»), respectivamente.

La coordinación del tema por el Estado se efectúa ahora principalmente a través del «Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», regulado en la citada Ley 16/2003<sup>7</sup>. Lógicamente, todo este proceso de transferencias dejó vacía de competencias a la entidad gestora tradicionalmente actuante en materia sanitaria (esto es, el Instituto Nacional de la Salud o INSALUD), que ha pasado a denominarse —a partir de 2003— Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), correspondiéndole sustancialmente ahora «la gestión de las prestaciones sanitarias en el ámbito de las Ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios»<sup>8</sup>.

Según el artículo 1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, «son titulares del derecho [constitucional genérico] a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional» (apartado 2), aunque «los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las Leyes y Convenios internacionales establezcan» (apartado 3)<sup>9</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia afirma pacíficamente que la remisión del artículo 43.2 de la CE a la ley «determina, de un lado, que es la Ley vigente en cada momento la que dibuja el completo arco de las prevenciones, las prestaciones y los servicios en los que se traduce ese abstracto derecho de todos a que la salud pública sea protegida, y de otro lado, que el derecho subjetivo de una concreta persona a ser atendida y asistida sanitariamente sigue dependiendo, *al no haberse alcanzado la pretendida universalización o cobertura automática de todos los ciudadanos*, del marco de requisitos exigidos que en cada momento plasme la Ley»<sup>10</sup>.

**§2.** De acuerdo con la Ley general de Seguridad Social de 1974, los «titulares» del derecho de asistencia sanitaria pública y gratuita, en el ámbito cubierto por el Régimen General<sup>11</sup>, son «los *trabajadores por cuenta ajena*», mientras estén afiliados y en alta o situación asimilada a la de alta<sup>12</sup>, y «los *pensionistas* de este Régimen General y los *perceptores de prestaciones periódicas* del mismo que no tengan el carácter de pensiones»<sup>13</sup>. A estas categorías genéricas hay que añadirles

<sup>7</sup> Según su artículo 69.1, «el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado».

<sup>8</sup> Cfr. artículo 15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 agosto.

<sup>9</sup> Sobre la asistencia sanitaria pública de los extranjeros «sin papeles», véase *infra*, §2 *in fine*.

<sup>10</sup> STSJ Madrid de 27 marzo 2003 (Ar. 3249), por todas.

<sup>11</sup> Sobre sumisión al propio Régimen General de la asistencia sanitaria de los funcionarios procedentes del extinguido Régimen Especial de Funcionarios de la Administración local, véase disposición adicional 41ª de la LGSS.

<sup>12</sup> Artículos 100.1.a) y 100.2.

<sup>13</sup> Artículo 100.1.b).

sus equivalentes en los diversos Regímenes Especiales de la Seguridad Social<sup>14</sup>. Y además, siempre en concepto de «titulares» del derecho, «los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes»<sup>15</sup>, teniendo en cuenta que «a estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional»<sup>16</sup>.

Sobre la conservación temporal del derecho a la asistencia sanitaria, el Decreto 2766/1967, de 16 noviembre, regulador de las prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, prevé la existencia de diversas situaciones asimiladas a la de alta; y señaladamente, las dos siguientes: 1) «la de los trabajadores que causen baja en este Régimen General, habiendo permanecido en alta en el mismo un mínimo de noventa días, durante los trescientos sesenta y cinco días inmediatamente anteriores al de la baja»<sup>17</sup>; y 2) «la de los trabajadores que causen baja en este Régimen General, sin tener cumplido el período de permanencia en alta exigido para la situación anterior»<sup>18</sup>. Prevé, además, aunque la regla sea que «la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria nace, tanto para el titular como para sus familiares o asimilados beneficiarios, a partir del día siguiente al de presentación del alta», que el derecho en cuestión «se conserva, no obstante, sin solución de continuidad, cuando al cambiar de empresa no hayan transcurrido más de cinco días entre la baja y la comunicación de su alta en la nueva empresa»<sup>19</sup>.

Según esta misma norma reglamentaria —sobre la base de exigirse al trabajador que su empresa se halle al corriente en el pago de las cuotas, a efectos de la asistencia sanitaria derivada de riesgos comunes o maternidad<sup>20</sup>—, «cuando su empresario se encuentre en

<sup>14</sup> O en Regímenes de hecho especiales, como en el caso de los pensionistas del SOVI (cfr., al respecto, Orden Ministerial de 31 enero 1970). Téngase en cuenta que las limitaciones que tradicionalmente lastraban la protección de la asistencia sanitaria de los trabajadores autónomos del comercio, la industria y los servicios fueron eliminadas por Real Decreto 43/1984, de 4 enero.

<sup>15</sup> Cfr. artículo 1, párrafo 1º, del Real Decreto 1088/1989, de 8 septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párrafo 2º. Véase, además, el desarrollo de esta norma operado por Orden Ministerial de 13 noviembre 1989.

<sup>17</sup> Cfr. su artículo 6.2.1ª. Este mismo precepto continúa afirmando lo siguiente: «En esta situación, tanto el trabajador como los demás beneficiarios a su cargo, conservarán el derecho a que se les inicie la prestación de la asistencia sanitaria, durante un período de noventa días naturales, contados desde el día en que se haya producido la baja, inclusive. La duración de la prestación de asistencia sanitaria, así iniciada, no podrá excederse de treinta y nueve semanas, si se trata del trabajador, o de veintiséis semanas, si se trata de los beneficiarios a su cargo. En el supuesto de que la prestación de la asistencia sanitaria se hubiera iniciado antes de producirse la baja en este Régimen, los límites temporales de dicha prestación serán cincuenta y dos semanas en cuanto al trabajador y treinta y nueve semanas en cuanto a los beneficiarios a su cargo».

<sup>18</sup> Cfr. su artículo 6.2.2ª. El propio precepto continúa afirmando que «en esta situación, tanto el trabajador como los beneficiarios a su cargo, únicamente conservarán el derecho a continuar disfrutando la asistencia sanitaria, cuya prestación estuvieran recibiendo en la fecha de producirse la baja, durante unos períodos máximos de treinta y nueve o veintiséis semanas, según se trate, respectivamente, del trabajador o de los demás beneficiarios».

<sup>19</sup> Artículo 5.2.

<sup>20</sup> Cfr. su artículo 3.1.b). Sobre la situación de alta de pleno derecho de los trabajadores en el Régimen General, a efectos de la asistencia sanitaria, véase artículo 125.3 de la LGSS, construido sobre la idea base de que «existe un tipo de prestaciones, las de asistencia sanitaria, que no admiten espera, que deben ser dispensadas inmediatamente» (cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos [Madrid, 1991], pág. 136).

descubierto en el pago de las cuotas, el [servicio de salud correspondiente]... le prestará la asistencia sanitaria debida, y el empresario vendrá obligado a reintegrarle el importe de los honorarios del personal sanitario que por tarifa correspondan y de los demás gastos ocasionados, sin perjuicio del abono de las cuotas no satisfechas y de las sanciones a que hubiere lugar»<sup>21</sup>.

Las normas reguladoras de los diversos Regímenes Especiales que encuadran trabajadores autónomos también exigen, a estos mismos efectos, que el trabajador en cuestión se halle igualmente al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales<sup>22</sup>.

Además de los «titulares», los «beneficiarios» de este derecho son también sus «familiares y asimilados», siempre y cuando «estén a cargo» de los «titulares» del derecho en cuestión<sup>23</sup>. Entre sus «familiares» se incluyen el cónyuge<sup>24</sup> —aun divorciado o separado<sup>25</sup>—, los descendientes —sean de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos<sup>26</sup>—, los hermanos y los ascendientes, estos últimos «tanto del titular del derecho como de su cónyuge y los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias»<sup>27</sup>. Por su parte, entre los «asimilados» se cuentan el conviviente de hecho del «titular»<sup>28</sup>, los hijos aportados por este conviviente de hecho y, también, otros «acogidos de hecho» distintos<sup>29</sup>, aunque en todos estos supuestos se exija «previo acuerdo, en cada caso, de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social»<sup>30</sup>.

<sup>21</sup> Artículo 3.3.

<sup>22</sup> Véase *supra*, Tema 9, §5 y §6.

<sup>23</sup> Cfr. artículo 100.1.c) de la Ley general de Seguridad Social de 1974. A propósito de este mismo requisito, el artículo 2.3.a) del Decreto 2766/1967 habla de «vivir con el titular del derecho y a sus expensas» (párrafo 1º), aclarando que «no se apreciará la falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razón de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y demás circunstancias similares» (párrafo 2º).

<sup>24</sup> Artículo 2.2.a) del Decreto 2766/1967.

<sup>25</sup> Según la Ley 30/1981, de 7 julio, de modificación parcial del Código Civil, «a las prestaciones de la Seguridad Social... tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio» (disposición adicional 10ª.1ª). También en caso de «separación de hecho», según el artículo 100.1.c) de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>26</sup> Artículo 2.2.b), párrafo 1º, del Decreto 2766/1967.

<sup>27</sup> Artículo 2.2.c) del Decreto 2766/1967.

<sup>28</sup> Aun cuando se trate de una pareja de hecho homosexual (cfr., al respecto, STSJ Cataluña de 6 mayo 2004 [Ar. 2104], interpretando en sentido amplio la resolución administrativa de 1984 que extendía el derecho al conviviente de hecho heterosexual).

<sup>29</sup> Al respecto, la jurisprudencia laboral afirma que «aunque en un sentido estricto el menor [del caso enjuiciado]... no tiene la condición de “acogido de hecho” en los términos previstos en el artículo 176 del Código Civil, en cambio, se produce una situación asimilada al acogimiento de hecho merecedor de la protección de dicha figura jurídica, pues es acogido en razón a determinada condición social-política, derivada de la situación conflictiva internacional del Pueblo Saharaui» (STSJ Baleares de 3 marzo 2000 [Ar. 2134]).

<sup>30</sup> Artículo 2.2.b), párrafo 2º, del Decreto 2766/1967. Sobre las competencias del INSS al respecto, véase *infra*, Tema 14, §2.

Téngase en cuenta que a estos «familiares y asimilados» el Decreto 2766/1967 les exige «no realizar trabajo remunerado alguno, ni percibir renta patrimonial, ni pensión alguna superiores al doble del salario mínimo interprofesional de los trabajadores adultos»<sup>31</sup>.

Tras el Real Decreto 1682/1987, de 30 diciembre, que suprimió el tradicional límite de edad de 22 años, el hijo del «titular» —mientras no se independice— sigue siendo «beneficiario» del derecho a la asistencia sanitaria, cualquiera que sea su edad.

Ahora bien, la emancipación por matrimonio le hace perder al hijo del «titular» del derecho su condición de «beneficiario» del derecho, aun cuando continuase conviviendo con el propio «titular»<sup>32</sup>.

Esta distinción entre verdaderos «titulares» y meros «beneficiarios» tiene unas consecuencias procedimentales y procesales de primer orden. En efecto, la regla general es que «para el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, en vía administrativa o jurisdiccional, estarán legitimados los trabajadores y pensionistas [o perceptores periódicos], titulares de dicho derecho»<sup>33</sup>. Sólo por excepción se admite la legitimación activa de «los familiares a cargo del titular, en los casos en que respecto de éste medie ausencia del domicilio familiar, por incapacidad física o mental, por sustanciación de expediente de abandono de familia, por separación matrimonial o por pérdida de la patria potestad»<sup>34</sup>.

Lógicamente, «los beneficiarios familiares o asimilados perderán el derecho a la asistencia sanitaria cuando se extinga el del titular, a cuyo cargo se hallen»<sup>35</sup>.

La condición de «titular» o de «beneficiario» a cargo del primero se prueba mediante la correspondiente «tarjeta sanitaria individual»<sup>36</sup>. Al respecto, «las Administraciones sanitarias autonómicas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria emitirán una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública»<sup>37</sup>, teniendo en cuenta que «la tarjeta sanitaria individual emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competentes será válida en todo el Sistema Nacional de Salud»<sup>38</sup>. Se trata de un tema de importancia suma, pues la regla general es que «para recibir la asistencia sanitaria

---

<sup>31</sup> Artículo 2.3.b).

<sup>32</sup> Al respecto, véase M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª edición, Civitas (Madrid, 1999), pág. 52, nota 80, con cita de STCT de 21 abril 1986 (Ar. 2628).

<sup>33</sup> Artículo 100.3 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>34</sup> Artículo 16 del Decreto 2766/1967.

<sup>35</sup> Artículo 7.1 del Decreto 2766/1967.

<sup>36</sup> Cfr. artículo 57 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>37</sup> Artículo 2.1 del Real Decreto 183/2004, de 30 enero, regulador de la tarjeta sanitaria individual.

<sup>38</sup> Artículo 2.2 del Real Decreto 183/2004.



[pública y gratuita] será imprescindible la exhibición de los documentos expedidos... que acrediten el derecho de los titulares y de sus familiares y asimilados beneficiarios, así como aquellos [otros documentos] en los que conste la identificación personal y el domicilio»<sup>39</sup>.

La normativa reglamentaria específicamente reguladora del tema afirma, además, que «con objeto de disponer de datos normalizados de cada persona, en su condición de usuarios del Sistema Nacional de Salud, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la Administración sanitaria emisora, todas las tarjetas sanitarias incorporarán una serie de datos básicos comunes y estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud»<sup>40</sup>, teniendo en cuenta que «en la medida en que se establezcan por la Unión Europea criterios de normalización que faciliten la circulación y mejora de la asistencia sanitaria de pacientes en el ámbito comunitario, las tarjetas sanitarias individuales del Sistema Nacional de Salud deberán adaptarse a aquéllos»<sup>41</sup>.

Por supuesto, quienes carezcan del derecho a tener la citada «tarjeta sanitaria individual» también pueden acceder a las prestaciones de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud —en ejercicio de su derecho constitucional genérico a la protección de la salud—, pero a título de «pacientes privados»<sup>42</sup> o de pago. Sobre este tema, la LGSS afirma que «no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social», entre otros varios, «los ingresos... procedentes de la asistencia sanitaria prestada... en gestión directa a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago»<sup>43</sup>. Para cubrir estos casos, la propia LGSS prevé que el Ministerio competente en materia de Sanidad «fijará el régimen de precios y tarifas de tales atenciones, prestaciones y servicios, tomando como base sus costes estimados»<sup>44</sup>.

Evidentemente, «en ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos [por ejemplo, médicos] que intervienen en la atención de estos pacientes»<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 20 del Decreto 2766/1967.

<sup>40</sup> Artículo 3.1 del Real Decreto 183/2004. Según el artículo 4.2 de esta misma norma, «el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud tendrá carácter irreplicable y será único a lo largo de la vida de cada persona, independientemente de la Administración sanitaria competente en su atención sanitaria en cada momento».

<sup>41</sup> Disposición adicional única del Real Decreto 183/2004.

<sup>42</sup> Cfr. artículo 16 de la Ley 14/1986, general de sanidad.

<sup>43</sup> Disposición adicional 22ª.1.1. Cfr., además, artículo 127, apartados 2 y 3, de la propia LGSS.

<sup>44</sup> Disposición adicional 22ª.2.

<sup>45</sup> Artículos 16.3, inciso 3º, y 83, párrafo 1º, de la Ley 14/1986, general de sanidad.

Lo que cabe reclamar a los terceros obligados al pago es «el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación»<sup>46</sup>. La reclamación en cuestión cabe, por ejemplo, en los siguientes supuestos<sup>47</sup>: 1) «asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud»; 2) «asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito»; 3) «accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina»; 4) «seguros obligatorios», entre los que se incluyen el «seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales», el «seguro obligatorio de vehículos de motor», el «seguro obligatorio de viajeros» y el «seguro obligatorio de caza»; y 5) «convenios o conciertos con otros organismos o entidades», en cuyo caso «se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente».

En el caso de los extranjeros mayores de edad no residentes en España (por ejemplo, los popularmente llamados «sin papeles», que no trabajen), a los que la legislación de extranjería les reconoce el «derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia» y el «derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto»<sup>48</sup>, el tercero obligado al pago —supuesto, como es previsible, que carezcan de recursos— resulta ser el Ministerio del Interior<sup>49</sup>.

**§3.** Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud incluyen, en primer lugar, las prestaciones médicas<sup>50</sup>. Lógicamente, su finalidad genérica es la de «conservar o restablecer la salud de los beneficiarios» y, en su caso, también «su aptitud para el trabajo»<sup>51</sup>. Y su hecho causante puede ser múltiple, afirmándose por la LGSS —en precepto aplicable a todo el sistema de Seguridad Social— que este tipo

<sup>46</sup> Así lo dispone el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre (cit. *Infra*, §3).

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Cfr. artículo 12, apartados 2 y 4, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero (modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>49</sup> Al respecto, sumamente ilustrativa, véase la Orden Ministerial de 22 febrero 1999 [artículos 6, 22, 27.2.f), 27.3.e), 37.1 y 38.3, y disposición adicional 1ª], dictando normas sobre funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Sin referirse precisamente a este caso, el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre (cit. *Infra*, §3), afirma genéricamente la posibilidad de reclamar frente a eventuales terceros obligados al pago, respecto de los «asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España».

<sup>50</sup> Véase F.A. GONZÁLEZ DÍAZ, *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 61 ss.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 98.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

de prestaciones cubre «los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo» [artículo 38.1.a)]<sup>52</sup>.

Tradicionalmente, el contenido de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional siempre ha sido más amplio que el de la asistencia sanitaria por riesgos comunes, pues «se rige por el principio de reparación íntegra del daño causado»<sup>53</sup> y «se prestará al trabajador de la manera más completa»<sup>54</sup>.

Según el Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre, estableciendo la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, las prestaciones médicas (incluidas las de «rehabilitación») tienen dos modalidades principales. En primer lugar, las prestaciones médicas de «atención primaria», relativas a la «atención sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo», teniendo en cuenta que la «urgente» se prestará «durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería, y con la colaboración de otros profesionales»<sup>55</sup>. En segundo lugar, las prestaciones médicas de «atención especializada» o realizada por médicos especialistas, cuyas modalidades principales —a obtener «una vez superadas las posibilidades de la atención primaria»— son la «asistencia especializada en consultas» (o «en régimen de ambulatorio»), la «asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico», y la «hospitalización en régimen de internamiento», teniendo en cuenta que «el acceso del paciente a la atención de urgencia hospitalaria se realiza por remisión del médico de atención primaria o especializada o por razones de urgencia o riesgo vital que puedan requerir medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario»<sup>56</sup>.

Con la finalidad de que las prestaciones sanitarias se obtengan en toda España en condiciones de igualdad efectiva, la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, prevé la existencia de una «cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud»<sup>57</sup> —a través de la cual se materializa el catálogo de prestaciones sanitarias<sup>58</sup>—, aunque «las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar

<sup>52</sup> Según la Ley general de Seguridad Social de 1974, la protección sanitaria de la maternidad comprende «el embarazo, el parto y el puerperio» (artículo 99).

<sup>53</sup> Cfr. STSJ Navarra de 28 febrero 2003 (Ar. 1218).

<sup>54</sup> Cfr. artículo 11 del Decreto 2766/1967.

<sup>55</sup> Cfr. Anexo II del Real Decreto 1030/2006.

<sup>56</sup> Cfr. Anexo III del Real Decreto 1030/2006.

<sup>57</sup> Artículo 8.

<sup>58</sup> Según el artículo 20.1, «la cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias».

sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud»<sup>59</sup>.

Según el Real Decreto 1030/2006, «no se incluirán en la cartera de servicios comunes... aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos: 1º. Cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada. 2º. Que se encuentren en fase de investigación clínica, salvo los autorizados para uso compasivo. 3º. Que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita. 4º. Que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares»<sup>60</sup>.

La parte más sustanciosa del Real Decreto 1030/2006 —constituida por sus nueve Anexos— puede resultar modificada por norma con rango de Orden Ministerial, dado que «la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, contenida en los anexos a este Real Decreto, se actualizará mediante Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud»<sup>61</sup>.

Entre otros varios derechos, la Ley 14/1986, general de sanidad, reconoce a «todos» el derecho «a elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las disposiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud»<sup>62</sup>, habiéndose dictado al respecto las dos siguientes normas reglamentarias para hacerlo efectivo. En primer lugar, el Real Decreto 1575/1993, de 10 septiembre, que regula la libre elección de médico *en los servicios de atención primaria*, según el cual «es libre la elección de médico general y pediatra de entre los existentes en la correspondiente área de salud»<sup>63</sup>. En segundo lugar, el Real Decreto 8/1996, de 15 enero, que regula la libre elección de médico *en los servicios de atención especializada*, según el cual «el usuario podrá elegir médico para la asistencia especializada en consultas externas, pudiendo optar entre ser atendido por el médico especialista asignado al equipo de atención primaria o elegir libremente entre los facultativos especialistas que desarrollen actividad en las consultas externas, tanto en el hospital de referencia del área de salud que corresponda al usuario, como en los centros de especialidades dependientes del mismo»<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Artículo 20.2, párrafo 2º.

<sup>60</sup> Artículo 6.4.a).

<sup>61</sup> Artículo 7.1.

<sup>62</sup> Artículo 10.13.

<sup>63</sup> Artículo 1, inciso 1º. El inciso 2º de este mismo precepto, reproduciendo el tenor del artículo 14 de la Ley 14/1986, general de sanidad, afirma que «cuando se trate de núcleos de población superiores a 250.000 habitantes, la elección podrá realizarse entre los médicos generales y pediatras existentes en el conjunto de la localidad».

<sup>64</sup> Artículo 3.

La regla general es que «la elección de médico general y pediatra podrá realizarse en cualquier momento y sin necesidad de justificación, pudiendo, previamente, solicitarse entrevista con el facultativo»<sup>65</sup>. En cambio, «la elección realizada de médico especialista de consultas externas se mantendrá, al menos, durante un año», aunque quepa «autorizar, previa solicitud del usuario, el cambio de médico especialista antes del transcurso del plazo establecido, si existieran causas que lo justifiquen»<sup>66</sup>.

El derecho de libre elección de médico de medicina general y pediatra tiene límites, pues estos facultativos «podrán rechazar asignaciones de nuevos usuarios o pacientes», entre otros casos, «cuando el cupo de personas supere el número establecido como óptimo, según las características de la zona básica de salud»<sup>67</sup>.

Las especialidades en que el usuario puede ejercer su derecho de libre elección son hasta doce distintas (cardiología, cirugía general y del aparato digestivo, dermatología médico-quirúrgica y venerología, aparato digestivo, endocrinología y nutrición, neumología, neurología, obstetricia y ginecología, oftalmología, otorrinolaringología, traumatología y cirugía ortopédica, y urología)<sup>68</sup>.

Según la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>69</sup>, también de nuevo todos («pacientes o usuarios») tienen, entre otros derechos, los siguientes: 1) el «derecho de información sanitaria» o derecho a «conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma»<sup>70</sup>, teniendo en cuenta que esta información, como regla general, «se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica», comprendiendo «como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»<sup>71</sup>; 2) el derecho al «consentimiento informado», dado que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista [legalmente]..., haya valorado las opciones propias del caso»<sup>72</sup>, afirmándose al respecto que «el consentimiento será verbal por regla general», aunque «se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión

<sup>65</sup> Artículo 5 del Real Decreto 1575/1993.

<sup>66</sup> Artículo 6, párrafo 2º, del Real Decreto 8/1996.

<sup>67</sup> Cfr. artículo 8.a) del Real Decreto 1575/1993.

<sup>68</sup> Cfr. artículo 4 del Real Decreto 8/1996.

<sup>69</sup> Sobre ella, véase M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas (Madrid, 2003), págs. 17 ss.

<sup>70</sup> Artículo 4.1, inciso 1º.

<sup>71</sup> *Ibidem*, inciso 2º.

<sup>72</sup> Artículo 8.1.

negativa sobre la salud del paciente»<sup>73</sup>; y 3) el «derecho a la i n t i m i d a d», pues «toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley»<sup>74</sup>.

El consentimiento informado se otorga «por representación», entre otros casos, «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación»<sup>75</sup>, aunque no resulte necesario, por supuesto, «cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»<sup>76</sup>.

Derecho del paciente es, también, el de «no aceptar el tratamiento prescrito», en cuyo caso «se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria», teniendo en cuenta que «si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley»<sup>77</sup>.

Por supuesto, «la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación»<sup>78</sup>.

En fin, entre los deberes de los «titulares» y demás «beneficiarios» de las prestaciones médicas, se cuenta el de utilizar los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud que les correspondan, y no otros servicios médicos ajenos al mismo, aunque teniendo en cuenta que en los «casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción»<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Artículo 8.2. Sobre el tema, imprescindible, véase M. ALONSO OLEA, «El consentimiento informado, derecho humano fundamental», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Director) y R. ALONSO GARCÍA (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 221 ss.

<sup>74</sup> Artículo 7.1. Según el artículo 8.4, «todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud». Véase A. MONTOYA MELGAR, «Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XVII, Civitas (Madrid, 2000), págs. 300 ss.

<sup>75</sup> Artículo 9.3.a).

<sup>76</sup> Artículo 9.2.b).

<sup>77</sup> Cfr. artículo 21. Téngase en cuenta que la LGSS afirma que «también podrá ser suspendido el derecho al subsidio [por incapacidad temporal] cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado» (artículo 132.2).

<sup>78</sup> Artículo 9.4.

<sup>79</sup> Artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006. Sobre el tema, véase M.C. POLO SÁNCHEZ, *Reintegro de gastos médicos y Estado de Bienestar*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 39 ss.; además, R. AGUILERA IZQUIERDO, «Solicitud de reintegro de gastos médicos originados en una clínica privada por Testigo de Jehová», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XIV, Civitas (Madrid, 1997), págs. 242 ss.

En todos estos casos, la competencia para conocer de la eventual demanda sobre reembolso de dichos gastos es, por supuesto, de los tribunales laborales<sup>80</sup>.

En cambio, si se tratase de reembolso de gastos por denegación injustificada de la asistencia sanitaria, resulta aplicable la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común —en vigor desde 15 abril 1999—, según la cual «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso»<sup>81</sup>.

Ahora bien, si el reembolso procediese por error de diagnóstico, subsiste entonces la competencia de la jurisdicción laboral, al tratarse de un supuesto exceptivo «de creación de la jurisprudencia»<sup>82</sup>.

**§4. Las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud**<sup>83</sup> comprenden «las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos que se prescriban por los facultativos de la Seguridad Social»<sup>84</sup>, pudiendo tener su dispensación dos modalidades distintas. En primer lugar, «la dispensación de medicamentos... en los tratamientos que se realicen en las Instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social» (por ejemplo, a pacientes hospitalizados), que «será gratuita»<sup>85</sup>. En segundo lugar, la que tiene lugar fuera de dichas instituciones, que «se efectuará a través de las oficinas de farmacia, legalmente establecidas»<sup>86</sup>, mediante el pago en metálico de una cantidad «por receta o, en su caso, por medicamento»<sup>87</sup> —que normalmente es un 40 por 100 del precio de venta al público del medicamento recetado<sup>88</sup>—, aunque esta regla no se aplique a los «pensionistas y colectivos asimilados», a los «tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», y a los «productos cuya dispensación al usuario se realice en los

<sup>80</sup> Cfr. STSud de 21 marzo 2002 (Ar. 9884), por todas.

<sup>81</sup> Cfr. STSJ Madrid de 30 enero 2003 (Ar. 2619), por todas. Sobre el tema, véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «Sobre la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96 (1999), págs. 587 ss.

<sup>82</sup> En este sentido, véase STSJ Madrid de 25 abril 2003 (Ar. 3263), y las que cita.

<sup>83</sup> Véase F.A. GONZÁLEZ DÍAZ, *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, cit., págs. 77 ss.

<sup>84</sup> Artículo 105.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>85</sup> Artículo 107.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>86</sup> Artículo 107.3 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>87</sup> Cfr. artículo 107.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1974.

<sup>88</sup> Cfr. Anexo V del Real Decreto 1030/2006, apartado 3.1. En relación con los funcionarios, que pagan por regla el 30 por 100 del precio de venta al público, véase *infra*, Tema 18, §2.

centros o servicios asistenciales sanitarios», pues en todos estos casos los beneficiarios están «exentos de aportación»<sup>89</sup>.

La Ley 29/2006, de 26 julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, contiene las definiciones de «medicamento de uso humano», «medicamento genérico», «fórmula magistral», «producto sanitario», etc.<sup>90</sup>. También, la regulación básica de la «receta»<sup>91</sup>. Según esta misma Ley, constituye infracción «grave» del farmacéutico, sancionable con multa de hasta 90.000 euros, «dispensar medicamentos o productos sanitarios sin receta, cuando ésta resulte obligada»<sup>92</sup>.

La citada regla general de pago del 40 por 100 del precio de venta al público del medicamento recetado tiene excepciones, como en el caso de las especialidades farmacéuticas reglamentariamente denominadas «de aportación reducida» (insulinas, antiarrítmicos, anti-depresivos, etc.)<sup>93</sup>, respecto de las que se paga el «10% sobre el precio de venta al público, sin que el importe total de la aportación pueda exceder de 2,64 euros por envase»<sup>94</sup>.

En cambio, son de dispensación libre sin necesidad de receta las denominadas «especialidades publicitarias»<sup>95</sup>, como la «aspirina, cafiaspirina, biodramina, bicarbonato sódico... y numerosos tipos de jarabes, laxantes, jabones, pomadas, etc.»<sup>96</sup>.

**§5.** En fin, existen otras prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, distintas de las médicas y farmacéuticas<sup>97</sup>, que aparecen reguladas en el Real Decreto 1030/2006, estableciendo la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Tradicionalmente, se denominaban prestaciones sanitarias «complementarias», aunque en la actualidad ha desaparecido esta adjetivación, y comprenden tres modalidades distintas. En primer lugar, la «prestación ortoprotésica», consistente en la «utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función»<sup>98</sup>. En segundo lugar, la «prestación con productos dietéticos»,

<sup>89</sup> Acerca todo esto, véase Anexo V del Real Decreto 1030/2006, apartado 3.3.

<sup>90</sup> Cfr. su artículo 8.

<sup>91</sup> Cfr. su artículo 77, en el que se afirma que «la receta médica será válida en todo el territorio nacional y se editará en la lengua oficial del Estado y en las respectivas lenguas cooficiales en las Comunidades Autónomas que dispongan de ella» (apartado 3), e incluso, que «el Gobierno determinará con carácter básico los requisitos mínimos que han de cumplir las recetas médicas extendidas y/o editadas en soporte informático con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del territorio español, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud» (apartado 8, párrafo primero).

<sup>92</sup> Artículo 101.2.b).16<sup>a</sup>.

<sup>93</sup> Cfr. Anexo V del Real Decreto 1030/2006, apartado 3.2.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Cfr. Anexo V del Real Decreto 1030/2006, apartado 1.1.2.

<sup>96</sup> Véase M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2<sup>a</sup> edición, cit., pág. 114, nota 269.

<sup>97</sup> Véase F.A. GONZÁLEZ DÍAZ, *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, cit., págs. 94 ss.

<sup>98</sup> Cfr. Anexo VI del Real Decreto 1030/2006, párrafo primero.



que comprende la «dispensación de los tratamientos dietoterápicos [esto es, alimentos dietéticos] a las personas que padezcan determinados tratamientos metabólicos congénitos y la nutrición enteral domiciliaria [administrada, por ejemplo, mediante sondas] para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales, a causa de su situación clínica, con alimentos de consumo ordinario»<sup>99</sup>. En tercer lugar, la «prestación de transporte sanitario», consistente en el «desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte»<sup>100</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada relativa a este transporte, sólo «se entiende por tal el realizado en ambulancias o vehículos especialmente acondicionados (UVIS móviles, etc.) y no en medios ordinarios como son los taxis o los coches particulares», al contemplarse «en la norma... como prestación (que además ordinariamente es una prestación en especie y no un reembolso de gastos) el transporte en aquellos vehículos»<sup>101</sup>.

Reglamentariamente se afirma que «la cartera de servicios comunes... incluye el transporte sanitario no asistido, que es el indicado para el transporte especial de enfermos o accidentados que no requieren asistencia técnico-sanitaria en ruta, y el transporte sanitario asistido, para el traslado de enfermos o accidentados que requieren asistencia técnico-sanitaria en ruta»<sup>102</sup>, cabiendo la posibilidad de «ir acompañados cuando la edad o situación clínica del paciente lo requiere»<sup>103</sup>.

Por su parte, la «prestación ortoprotésica» (gafas, prótesis dentarias, sillas de ruedas, prótesis quirúrgicas fijas, etc.) se facilitará «por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas... por... las administraciones sanitarias competentes»<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. Anexo VII del Real Decreto 1030/2006, apartado 1, párrafo primero.

<sup>100</sup> Cfr. Anexo VIII del Real Decreto 1030/2006, párrafo primero.

<sup>101</sup> STSud de 29 octubre 2001 (Ar. 2379 de 2002).

<sup>102</sup> Cfr. Anexo VIII del Real Decreto 1030/2006, apartado 2.

<sup>103</sup> *Ibidem*, apartado 1, párrafo primero.

<sup>104</sup> Cfr. Anexo VI del Real Decreto 1030/2006, párrafo segundo. Al respecto, véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «Prótesis especiales, gafas y audífonos. Interpretación del artículo 108 de la Ley General de la Seguridad Social. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 23 de febrero de 1993», *La Ley*, 1995-I, págs. 933 ss.

---

**TEMA 13**

**LAS NORMAS COMUNES A LAS PRESTACIONES  
DE SEGURIDAD SOCIAL**

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Justificación de la necesidad de existencia de normas comunes a las prestaciones de Seguridad Social. §2. Las normas comunes relativas a todas las prestaciones del sistema, cualquiera que sea su naturaleza. §3. Las normas comunes relativas a las prestaciones de la misma naturaleza otorgadas por Regímenes distintos del sistema. §4. Las normas comunes relativas a la protección de las prestaciones económicas del sistema. §5. Las normas comunes relativas a los límites cuantitativos máximos aplicables a las prestaciones económicas del sistema. §6. Las normas comunes relativas a las incompatibilidades aplicables a las prestaciones económicas del sistema. §7. Las normas comunes relativas a la concurrencia de pensiones del sistema.

§1. La existencia de normas comunes a las prestaciones de Seguridad Social se justifica no sólo por causa de la diversidad de prestaciones existente, sino también por causa de la diversidad de situaciones en que puede encontrarse el beneficiario en relación con dichas prestaciones tan diversas. La LGSS no acierta con la denominación que debe darse a las normas en cuestión, puesto que las expresiones «Régimen general de las prestaciones» (utilizada como rótulo de la Sección 2ª del Capítulo III de su Título II) o «Disposiciones generales» (rótulo de la Sección 1ª del Capítulo IV de su Título I) inducen a confusión —dada la existencia del Régimen General de la Seguridad Social, que la propia LGSS procede a regular como régimen modélico dentro del sistema—, mientras que el contenido de los preceptos rotulados «Caracteres de las prestaciones» (que son sus artículos 40 y 121) ni identifica todos los caracteres de las prestaciones ni se refiere a todas las prestaciones del propio sistema. De ahí, a falta de otra expresión mejor, que hablemos aquí de «normas comunes» a las prestaciones de Seguridad Social, entre las que incluimos —supuesto que las prestaciones son un género, perfectamente identificable como tal género— las relativas a *todas las prestaciones* del sistema, cualquiera

que sea su naturaleza (cfr. *infra*, §2); las relativas a las *prestaciones de la misma naturaleza* otorgadas por Regímenes distintos del sistema (cfr. *infra*, §3), las relativas a la protección, a los límites cuantitativos máximos y a las incompatibilidades aplicables a las *prestaciones económicas* del sistema (cfr. *infra*, §4, §5 y §6, respectivamente); y por último, las relativas a la concurrencia de *pensiones* del sistema (cfr. *infra*, §7).

Hoy se afirma, aunque con referencia a las pensiones del sistema, que «la expresión “derecho común de las pensiones públicas” es en verdad reciente pero ya de extendido uso y viene referida por la doctrina al conjunto de normas jurídicas que afectan por igual a todas las pensiones públicas con independencia del marco jurídico de original encuadramiento»<sup>1</sup>.

Acerca de la diversidad existente de prestaciones económicas, téngase en cuenta la posibilidad de contraponer a las normales o usuales las de «carácter extraordinario», como las pensiones extraordinarias originadas por actos de terrorismo a que se refiere el artículo 51 de la LGSS<sup>2</sup>.

Asimismo son «extraordinarias» las prestaciones económicas (en realidad, complementos de pensiones) a que se refiere la Ley 3/2005, de 18 marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

**§2.** Las prestaciones de Seguridad Social, cualesquiera que sean, comparten todas un mismo y mínimo común denominador. En efecto, aunque consisten en «cosas» —dinero normalmente, pero eventualmente, como en el caso de las prestaciones sanitarias, también «cosas» distintas del dinero—, el derecho a las mismas no es ningún derecho real, sino un auténtico derecho personal o de crédito del beneficiario frente a la Administración de Seguridad Social. Se trata, además, de un derecho de carácter personalísimo, del que derivan dos consecuencias reguladas expresamente en la LGSS por otras tantas normas suyas, que merecen con toda propiedad el calificativo de normas comunes a todas las prestaciones del sistema, al resultarles aplicables a las propias prestaciones, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas. En primer lugar, la característica irrenunciabilidad del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, regulada en el artículo 3 de la

<sup>1</sup> Cfr. P. GETE CASTRILLO, *El Nuevo Derecho Común de las Pensiones Públicas*, Lex Nova (Valladolid, 1997), pág. 105, nota 188. Doctrinalmente también se habla al respecto, por ejemplo, de «teoría general de las prestaciones» (cfr. J.M. DEL VALLE VILLAR y P. RABANAL CARBAJO, *Derecho de Seguridad Social. Parte General*, Ed. Cinca [Madrid, 2004], págs. 108 y ss.).

<sup>2</sup> Según este precepto, «las pensiones extraordinarias que se reconozcan por la Seguridad Social, originadas por actos de terrorismo, no estarán sujetas a los límites de reconocimiento inicial y de revalorización de pensiones previstos en esta Ley». Sobre estos límites, véase *infra*, §5. Acerca de las pensiones extraordinarias por actos terroristas, véase M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, 6ª ed., Tecnos (Madrid, 2004), págs. 348-350 y 406-407.

LGSS, según el cual «será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley». En segundo lugar, la también característica intransmisibilidad de cualesquiera prestaciones de Seguridad Social, regulada en el artículo 40 de la LGSS, relativo a que «las prestaciones de Seguridad Social, así como los beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, no podrán ser objeto de... cesión total o parcial» (apartado 1).

Una STSJ Andalucía (Sevilla) de 7 julio 1999 (Ar. 3745) evidencia, a la perfección, la conexión existente entre irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, a propósito del enjuiciamiento del caso de un viudo separado de su cónyuge, que había manifestado ante la Administración de Seguridad Social «que no reclamaba nada [en concepto de pensión de viudedad] y que las prestaciones que pudieren corresponderle fueran para sus hijos», acreciendo así su derecho a pensiones de orfandad. En este caso, por lo demás bastante dramático («la fallecida inició su prestación de servicios por cuenta ajena para la empresa... el 28 de marzo de 1992, fecha en la que un compañero de trabajo, cogiendo una escopeta, propiedad del empresario, con la intención de asustarla, y sin saber que estaba cargada, la llamó cuando ella se encontraba de espaldas en el fregadero y le disparó, causándole la muerte inmediata»), se confirmó la tesis de que «la *renuncia o cesión* de la pensión de viudedad que correspondía al padre en favor de sus hijos es nula, y por ende, no cabe el acrecimiento del importe de ésta a las pensiones de orfandad». Y ello, visto que la LGSS declara «nulos los pactos sobre *renuncias* a los derechos de Seguridad Social», por lo que «no será válida la *cesión* de la pensión de viudedad llevada a cabo por el padre de los menores, en favor de las pensiones de orfandad»<sup>3</sup>.

Por supuesto, la jurisprudencia laboral confirma expresamente que la irrenunciabilidad del derecho a las prestaciones de Seguridad Social también se refiere a las prestaciones en especie, como las sanitarias, concluyendo que «el derecho a la asistencia sanitaria que proporciona el sistema Nacional de Seguridad Social está reconocido en normas de derecho necesario y, en consecuencia, es indisponible»<sup>4</sup>.

Aunque hoy ocupe una posición estelar en el articulado de la LGSS, el principio de irrenunciabilidad de derechos de la Seguridad Social aparecía, en cambio, semioculto en el articulado de las Leyes generales de Seguridad Social de 1966 y 1974, a propósito de la regulación que efectuaban de la cotización, al afirmarse en ellas que «será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual trabajador asuma la obligación de pagar, total o parcialmente, la prima o parte de cuota a cargo del empresario o *renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley*»<sup>5</sup>.

**§3.** Dada la estructuración de nuestro sistema de Seguridad Social en una pluralidad de Regímenes (General y Especiales), poseyendo cada uno

<sup>3</sup> En esta misma sentencia se invoca, además, el artículo 24 de la LGSS, aunque este precepto es obvio que se refiere a la imposibilidad de renuncia de los derechos de que es titular la Administración de Seguridad Social, en cuanto tal (cfr. *infra*, Tema 16, §1).

<sup>4</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 21 noviembre 2002 (Jur. 19673 de 2003).

<sup>5</sup> Cfr. artículo 69 de la Ley de 1966 y artículo 69, párrafo 1º, de la Ley de 1974. Sobre la norma en cuestión, véase C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «Artículo 3», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2003), págs. 54 y ss.

de ellos su peculiar acción protectora —aunque, como se vio, tendente a la homogeneidad con el Régimen General<sup>6</sup>—, resulta concebible que la vida laboral de un beneficiario pueda haberse desarrollado, trabajando y cotizando, con sujeción a dos o más de dichos Regímenes distintos. Lo prevé y lo regula —aunque en términos programáticos— la LGSS, al afirmar que «se dictarán las normas reglamentarias relativas al tiempo, al alcance y condiciones para la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros Regímenes, mediante la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de dichos Regímenes, siempre que no se superpongan» (artículo 9.2, inciso primero). Las normas aludidas por este precepto —no necesariamente de carácter reglamentario— aparecen dispersas en el ordenamiento de la Seguridad Social, aunque su finalidad sea siempre la de facilitar la totalización (o «cómputo recíproco») de las cotizaciones acreditadas en dos o más Regímenes del sistema, al efecto de poder causar el derecho a prestaciones contempladas en la acción protectora de tales Regímenes, supuesto que el acceso a las mismas exija tener cubiertos períodos de cotización previos<sup>7</sup>. De entre estas normas comunes relativas a las prestaciones de la misma naturaleza otorgadas por Regímenes distintos del sistema, resulta modélico el Real Decreto 691/1991, de 12 abril, sobre «cómputo recíproco» de cotizaciones entre el subsistema de Seguridad Social de los funcionarios públicos<sup>8</sup> y el resto de regímenes (General y Especiales) de nuestro sistema de Seguridad Social. En efecto, esta norma reglamentaria presenta el interés de que aparecen bien explicitados en ella los dos grandes criterios de ordenación de toda esta complejísima materia, relativos a lo siguiente: 1) que el «cómputo recíproco» de cotizaciones posibilita causar el derecho a cualesquiera prestaciones económicas subordinadas al cumplimiento de períodos de cotización previos, y no solamente de pensiones, pues también «para causar derecho a prestaciones económicas en situación de incapacidad laboral transitoria [hoy incapacidad temporal] en un régimen en el que se exija un período previo de carencia, se podrán totalizar las cotizaciones

<sup>6</sup> *Supra*, Tema 9.

<sup>7</sup> Véase C. MARTÍNEZ MORENO, «La pensión de jubilación con cómputo recíproco de cotizaciones», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel (Madrid, 2007), págs. 1703 y ss.

<sup>8</sup> Esta norma se refiere, en realidad, al «Régimen de Clases Pasivas del Estado», aunque —como se verá luego— se trata más bien de un «sistema» de prestaciones básicas que redondea la acción protectora otorgada por los tres Regímenes Especiales de Seguridad Social de Funcionarios Públicos actualmente existentes en España (cfr. *infra*, Tema 18, §5).

acreditadas en otros regímenes, siempre que no se superpongan con las efectuadas en aquél y [siempre] que dichas prestaciones estén incluidas en la acción protectora del régimen cuyas cotizaciones se tengan en cuenta para causar tal derecho» (disposición adicional 5ª); y 2) para facilitar la gestión, que la regla sea «atribuir a un solo régimen, normalmente el último, los periodos de cotización no superpuestos que se totalicen»<sup>9</sup>, de manera que la prestación económica de que se trate «será reconocida por el órgano o Entidad gestora del Régimen al que el causante hubiera efectuado las últimas cotizaciones» (artículo 4.2, párrafo 1º, inciso primero).

Respecto de esto último, el propio Real Decreto 691/1991 prevé otras modalidades también posibles de gestión de las prestaciones económicas en cuestión, pues «en el supuesto de que ésta [la cotización] fuera simultánea, la competencia para resolución corresponderá al Régimen respecto del cual aquél [esto es, el interesado] tuviera acreditado mayor período cotizado»<sup>10</sup>, aunque «si en tal Régimen el interesado no cumpliera las condiciones exigidas para obtener derecho a pensión, procederá que resuelva el otro Régimen con aplicación de sus propias normas y teniendo en cuenta, asimismo, la expresada totalización»<sup>11</sup>.

El propio Real Decreto 691/1991 confirma que el «cómputo recíproco» no sólo sirve para completar periodos de cotización previos, pues «en los casos de pensiones de jubilación o retiro, invalidez permanente o muerte y supervivencia, cuando el causante tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, periodos de cotización en más de un Régimen..., dichos periodos, y los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que lo regulen, podrán ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión, así como para *determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización* o de servicios aplicable para el cálculo de la misma»<sup>12</sup>.

Téngase en cuenta —siempre según el Real Decreto 691/1991— que el «cómputo recíproco» de cotizaciones entre el Régimen General y los Regímenes Especiales (distintos de los de Funcionarios Públicos), o sólo entre estos últimos, «se regirá, sin excepciones, por las normas establecidas al efecto en su legislación propia»<sup>13</sup>. Doctrinalmente se ha puesto de relieve, tras un análisis exhaustivo de esta legislación propia, que todos los Regímenes Especiales de Seguridad Social (distintos de los de Funcionarios Públicos) —salvo el de Estudiantes— tienen establecida la comunicación plena de cotizaciones no sólo entre ellos, sino también con el Régimen General<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. su exposición de motivos, párrafo 6º.

<sup>10</sup> Artículo 4.2, párrafo 1º, inciso segundo.

<sup>11</sup> Artículo 4.2, párrafo 2º.

<sup>12</sup> Artículo 4.1.

<sup>13</sup> Artículo 1.2.

<sup>14</sup> Al respecto, véase R.P. RÓN LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 149 y ss., recordando —sobre todo con respecto al Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, que sólo tiene previsto el «cómputo recíproco» de cotizaciones con el Régimen General— el impacto que en su día supuso la promulgación del Decreto 2957/1973, de 6 noviembre, según el cual «queda establecido el cómputo recíproco de cotizaciones entre aquellos Regímenes Especiales de la Seguridad Social que, sin haberlo reconocido expresamente entre sí en sus respectivas normas particulares, coincidan en tenerlo establecido con el Régimen General» (artículo único, punto 1). La propia LGSS prevé el «cómputo recíproco» de cotizaciones respecto de «Regímenes» extinguidos, al afirmar que «las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral se computarán para el disfrute de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social» (disposición transitoria 2ª.1).

En ocasiones, además, el «cómputo recíproco» de cotizaciones se prevé no en relación con determinado o determinados Regímenes del sistema, sino en relación con alguna concreta contingencia. Tal es el caso, por ejemplo, de la contingencia de jubilación anticipada a que se refiere la Ley 47/1998, de 23 diciembre<sup>15</sup>.

Por último, téngase igualmente en cuenta la necesidad de distinguir entre «cómputo recíproco» *simultáneo* («se produce siempre que lo pedido sea una única prestación, habiendo el causante cotizado a más de un régimen con anterioridad a la solicitud»)<sup>16</sup> y «cómputo recíproco» *sucesivo* («cuando el trabajador, siendo ya pensionista, continúa en alta y cotizando a un régimen distinto de aquel por el que se le ha concedido la pensión, postulando con posterioridad el acceso a una nueva pensión en el mismo»)<sup>17</sup>. A la segunda alude el artículo 5.1 del tan citado Real Decreto 691/1991, afirmando que «reconocida una pensión por el órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquella, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, tal pensión será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último», aunque «en tal caso, el interesado podrá optar por una de ambas pensiones».

**§4.** Dado el parecido evidente que existe entre las rentas de trabajo (y por tanto, los salarios), de un lado, y las prestaciones económicas de Seguridad Social, del otro, al tener también estas últimas por finalidad genérica ofrecer medios de vida o de sustento a sus titulares (sustitutorios incluso de las rentas de trabajo perdidas, por ejemplo, por desempleo, incapacidad o jubilación), no puede extrañar que asimismo deban existir normas comunes relativas a la protección de las prestaciones económicas del sistema<sup>18</sup>, de algún modo parecidas a las existentes en relación con los salarios<sup>19</sup>. Estas normas aparecen genéricamente aludidas en los artículos 40.1, 40.2 y 48 de la LGSS, que remiten a normas ajenas al ordenamiento de la Seguridad Social y que establecen, además, tres tipos distintos de protección de las prestaciones económicas del sistema. En primer lugar, su protección frente a deudas del beneficiario<sup>20</sup>, afirmando al respecto el artículo 40.1 de la LGSS que

<sup>15</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 7, §1 y §4.

<sup>16</sup> Véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 153.

<sup>17</sup> *Ibidem*, págs. 160-161.

<sup>18</sup> Véase S. OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de Seguridad Social*, CES (Madrid, 1997), págs. 101 y ss.

<sup>19</sup> Sobre estas últimas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2004), págs. 215 y ss.

<sup>20</sup> Véase B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, «Aplicación del límite de embargabilidad del salario mínimo interprofesional a las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas», *Relaciones Laborales*, 1999-I, págs. 711 y ss.; además, M. A. CASTRO ARGÜELLES, «Sobre la inembargabilidad de las pensiones: a propósito de las pensiones de los mutilados de guerra o excombatientes del bando republicano», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XI, Civitas (Madrid, 1994), págs. 374 y ss.

las prestaciones económicas «no podrán ser objeto de... compensación o descuento», salvo en los tres casos siguientes: 1) «en orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos»<sup>21</sup>; 2) «cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social»<sup>22</sup>; y 3) para hacer frente a embargos, aunque teniendo en cuenta —sobre la base de que «en materia de embargo se estará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil»<sup>23</sup>— que, según esta última, «es inembargable el salario, sueldo, *pensión*, retribución o *su equivalente*, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional»<sup>24</sup>. En segundo lugar, su protección fiscal<sup>25</sup>, afirmando al respecto el artículo 40.2 de la LGSS que «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»<sup>26</sup>, teniendo en cuenta que estas últimas normas establecen, por su parte, la completa exención tributaria de las «prestaciones reconocidas... como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez»<sup>27</sup>, de las «prestaciones [económicas] familiares... reguladas en el Capítulo IX del Título II [de la LGSS]»<sup>28</sup>, de las «pensiones... de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años e incapacitados para todo trabajo»<sup>29</sup>, y también, de las pensiones cuyo importe anual sea equivalente al importe anual del salario mínimo interprofesional (supuesto, en una variante bastante típica, que el beneficiario esté casado, con

<sup>21</sup> Párrafo 1º, letra a).

<sup>22</sup> Párrafo 1º, letra b).

<sup>23</sup> Párrafo 2º.

<sup>24</sup> Artículo 607.1 de la LEC. Téngase en cuenta, frente al tenor del artículo 22.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1974 («las prestaciones de la Seguridad Social, así como los beneficios de sus Servicios Sociales y de la Asistencia Social, no podrán ser objeto de cesión total o parcial, *embargo*, retención, compensación o descuento»), que la STC 113/1989, de 22 junio, declaró que «el art. 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social es inconstitucional, en cuanto prohíbe el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía». Al respecto, véase F. VALDÉS DAL-RÉ, «Inembargabilidad y embargabilidad de las pensiones», *Relaciones Laborales*, 1989-II, págs. 26 y ss.

<sup>25</sup> Véase A. CÁMARA BOTÍA, «Igualdad tributaria de las pensiones de invalidez de Seguridad Social y de Clases Pasivas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91 (1998), págs. 823 y ss.

<sup>26</sup> Frente al viejo artículo 22.2 de la Ley general de Seguridad Social de 1974 —parcialmente modificado en 1978—, según el cual «las percepciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social están exentas de toda contribución, impuesto, tasa o exacción parafiscal». Al respecto, véase S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto (A propósito de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social)», en el vol. *Jurisprudencia constitucional social (1991-1999)*, Mergablum (Sevilla, 1999), págs. 193 y ss.

<sup>27</sup> Artículo 7.f) de la Ley 35/2006, de 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>28</sup> *Ibidem*, artículo 7.h).

<sup>29</sup> *Ibidem*.



cónyuge pensionado y sin hijos a cargo)<sup>30</sup>, entre otras<sup>31</sup>. En tercer lugar, su protección frente a la depreciación económica causada por la inflación, que resultaría especialmente dramática en el caso de las pensiones<sup>32</sup>, lo que explica —de manera análoga a lo que ocurre con el salario mínimo interprofesional— que el artículo 48 de la LGSS afirme que «las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año» (apartado 1.1).

El propio artículo 48 de la LGSS continúa afirmando que «si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado», teniendo en cuenta que «a tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior» (apartado 1.2)<sup>33</sup>.

Respecto de la parcial embargabilidad de las prestaciones de Seguridad Social, el artículo 607 de la LEC establece una «escala» de porcentajes, conforme a la cual se procederá al embargo de aquellas «pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional» (apartado 2). La escala, que comprende desde un mínimo de un 15 por 100 hasta un máximo de un 90 por 100<sup>34</sup>, está matizada por el dato de que «si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo» (apartado 5).

En cuanto al «descuento» eventualmente practicable sobre las prestaciones, por causa de deudas contraídas por el beneficiario con la Administración de Seguridad Social (normalmente, a título de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas), téngase en cuenta que el Real Decreto 148/1996, de 5 febrero, regulando el procedimiento para practicar

---

<sup>30</sup> Al respecto, aunque cuantificando (estando estas cantidades sujetas a variación), véase artículo 81 (rotulado «Límite cuantitativo excluyente de la obligación de retener») del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 marzo.

<sup>31</sup> Por ejemplo, las «prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único... con el límite de 12.020 euros» [artículo 7.n) de la Ley 35/2006, de 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o las «prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos» [*ibidem*, artículo 7.r)].

<sup>32</sup> Sobre la congelación de la cuantía del subsidio de la incapacidad temporal, salvo en los supuestos de «recaída», véase *supra*, Tema 5, §2. Sobre lo mismo, pero en relación con las prestaciones por desempleo, véase *supra*, Tema 10, §4.

<sup>33</sup> En cuanto a las pensiones no contributivas, el artículo 48.2 de la propia LGSS indica que «el resto de las pensiones reconocidas por el sistema de la Seguridad Social serán revalorizadas periódicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social».

<sup>34</sup> El citado 15 por 100 resulta de la interpretación conjunta de los apartados 2 y 4 del precepto en cuestión.

el «descuento» en cuestión —procedimiento aplicable sólo cuando proceda la revisión de oficio, por parte de la entidad gestora, de sus actos declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario<sup>35</sup>—, sienta (con el objetivo de «cancelar la deuda en un plazo máximo de cinco años»), en su artículo 4.1, las tres reglas generales siguientes: 1) «se aplicará el descuento mensual de una cantidad comprendida entre el 21 y el 30 por 100 del importe total de la prestación o prestaciones que se estén percibiendo debidamente, cuando la cuantía de la prestación o prestaciones percibidas sea igual o superior a la mitad de la pensión máxima establecida en cada momento»; 2) «el porcentaje aplicable oscilará entre el 15 y el 20 por 100, cuando el importe de las prestaciones que se estén percibiendo debidamente no alcance la cuantía... anterior y sea igual o superior a la pensión mínima de jubilación establecida en ese momento para mayores de 65 años, cuyo titular tenga cónyuge a cargo»; y 3) «en los supuestos de prestaciones inferiores a la pensión mínima de jubilación indicada..., el porcentaje de descuento oscilará entre el 10 y el 14 por 100».

**§5.** A pesar del parecido evidente entre las rentas del trabajo (y por consiguiente, los salarios) y las prestaciones económicas de Seguridad Social —tanto por su naturaleza jurídica, que es la propia de los derechos de crédito, como por su finalidad más primaria, que es la de ofrecer medios de vida o de subsistencia a sus titulares (lo que explica la existencia de prestaciones económicas con una «cuantía mínima»<sup>36</sup> e, incluso, de «pensiones mínimas» de naturaleza contributiva y de cuantía periódicamente actualizada por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado<sup>37</sup>), parecido que se extiende a su propia estructura formal, pues igualmente muchas pensiones se abonan en catorce pagas (dos de las cuales son, obviamente, «pagas extraordinarias»)<sup>38</sup>—, este paralelismo no puede extremarse. En efecto, existen normas comunes relativas a los límites cuantitativos máximos aplicables a las prestaciones económicas del sistema<sup>39</sup>, que en modo alguno

<sup>35</sup> Véase *infra*, Tema 14, §4.

<sup>36</sup> Por ejemplo, la básica por desempleo. A propósito del artículo 211.3 de la LGSS, véase *supra*, Tema 10, §4.

<sup>37</sup> La LGSS utiliza la expresión «pensión mínima», por ejemplo, en su artículo 48.1 y en su disposición adicional 7ª bis. En relación siempre con las pensiones contributivas, las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen distinguiendo (sobre la base de que exista o no cónyuge a cargo, de la edad del beneficiario, de la existencia o no de cargas familiares, etc.) hasta cuatro pensiones mínimas de jubilación, hasta diez pensiones mínimas de incapacidad permanente, hasta cuatro pensiones mínimas de viudedad, hasta dos pensiones mínimas de orfandad y hasta cuatro pensiones mínimas en favor de otros familiares.

<sup>38</sup> Según el artículo 42 de la LGSS, «las pensiones contributivas derivadas de contingencias comunes de cualquiera de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social serán satisfechas 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» (apartado 1); además, «el pago de las pensiones de invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, 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» (apartado 2). En cambio, en las pensiones por incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales, no existen pagas extraordinarias, al encontrarse ya incluida la parte proporcional de las pagas extra en el importe mensual de la pensión (cfr. *supra*, Tema 6, §5).

<sup>39</sup> Véase M. GARCÍA VALVERDE, *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español*, Comares (Granada, 2003), págs. 138 y ss.

rigen en relación con las rentas del trabajo, y que pueden ser de tres tipos distintos<sup>40</sup>. En primer lugar, los límites cuantitativos máximos *de naturaleza indirecta*, como la imposición de bases de cotización máximas —supuesto que sobre las bases de cotización se construye luego la base reguladora de la prestación de que se trate—, teniendo en cuenta que «las bases de cotización al sistema de la Seguridad Social no podrán ser superiores al límite máximo absoluto establecido», y además, que «dicho límite máximo de las bases de cotización será único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias comprendidas en el Régimen o en los Regímenes de que se trate y se aplicará cualquiera que sea el número de horas trabajadas, incluidos los supuestos de pluriempleo, pero no los de pluriactividad»<sup>41</sup>. En segundo lugar, los límites cuantitativos máximos *de naturaleza directa y carácter fijo*, como el establecido —a propósito de las prestaciones de desempleo— por la LGSS, cuando afirma lo siguiente: «la cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador» (artículo 211.3)<sup>42</sup>. En tercer lugar, los límites cuantitativos máximos *de naturaleza directa y carácter variable*, como el importantísimo relativo a la denominada «pensión máxima», que impone asimismo —respecto de todas las pensiones públicas, con excepción de la pensión de jubilación contributiva prorrogada<sup>43</sup>— la propia LGSS, al ordenar: 1) que «el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado» (artículo 47); y 2) que «el importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para éstas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado» (artículo 49).

En España, tradicionalmente, nunca existió un tope máximo aplicable a la cuantía de cualesquiera pensiones públicas, pero sólo hasta la promulgación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1984, que lo fijó en 187.950 pesetas mensuales.

<sup>40</sup> Véase J. APARICIO TOVAR, «Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del sistema de Seguridad Social», *Revista de Derecho Social*, núm. 17 (2002), págs. 235 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto, artículo 9 del Reglamento general de cotización y liquidación, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre. Sobre todo esto, véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>42</sup> Véase *supra*, Tema 10, §4.

<sup>43</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 7, §5.

La constitucionalidad de este tope máximo fue expresamente confirmada por la STC 134/1987, de 21 julio, razonando lo siguiente: 1) que «sin negar que... el régimen de la Seguridad Social se asienta en alguna medida en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse en forma automática al régimen legal de la Seguridad Social»; 2) que «los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa»; y 3) por último, que «no puede afirmarse que pensiones iguales o superiores a 187.950 pesetas mensuales no cubran las situaciones de necesidad»<sup>44</sup>. La ulterior reiteración de estos topes máximos aplicables a la cuantía de las pensiones públicas, operada por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado posteriores a la de 1984, fue asimismo declarada constitucional por la STC 83/1993, de 8 marzo, en la que se afirma que «su reiteración no supone una vulneración del artículo 134 (y consecuentemente, del artículo 66) de la Constitución», pues «nada se opone al establecimiento de un tope o límite temporal a las pensiones públicas en la Ley de Presupuestos», y además, porque «este establecimiento aparece como estrechamente vinculado, y dependiente, de la apreciación de la coyuntura económica del momento, de manera que cobra pleno sentido que se mantenga, se altere o se haga desaparecer, a la vista de las previsiones presupuestarias de cada año». Incluso, siempre según esta misma sentencia, «una Ley distinta a la de Presupuestos podría establecer, de modo general y permanente, la limitación de percepciones en concepto de pensiones públicas»<sup>45</sup>.

La excepción relativa a la pensión de jubilación contributiva prorrogada la estableció la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En su preámbulo, afirma que «en relación con quienes prolonguen voluntariamente su vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación se establece la percepción de una cantidad a tanto alzado, cuando el pensionista tenga derecho a la pensión máxima». La cantidad adicional en cuestión —que, a su vez, también está topada— aparece ahora regulada en el artículo 163.2 de la LGSS, según el cual el beneficiario tendrá derecho a percibir dicha cantidad «anualmente», la cual «se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas», pero «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 cómputo anual».

**§6.** También contribuye a acotar lo percibido o a percibir por el beneficiario, en concepto de prestaciones económicas de Seguridad Social, la existencia de normas comunes relativas a las incompatibilidades aplicables a las prestaciones económicas del sistema, que pueden ser de dos grandes tipos. En primer lugar, las incompatibilidades de las prestaciones económicas con el trabajo del beneficiario, ya se trate de trabajo por cuenta ajena o de trabajo

<sup>44</sup> Al respecto, véase F. VALDÉS DAL-RÉ, «Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones», *Relaciones Laborales*, 1987-II, págs. 32 y ss.

<sup>45</sup> Véase M.E. CASAS BAAMONDE, «La constitucionalidad de la regulación “en serie” de las Leyes de Presupuestos sobre la cuantía de las pensiones públicas; y los límites objetivos de las cuestiones de inconstitucionalidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1993, de 8 de marzo)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 67 (1994), págs. 807 y ss.

por cuenta propia, establecidas en la LGSS a propósito de los subsidios de incapacidad temporal<sup>46</sup>, maternidad<sup>47</sup>, paternidad<sup>48</sup> y riesgo durante el embarazo<sup>49</sup>, a propósito de las pensiones de jubilación contributiva ordinaria<sup>50</sup> y, también, a propósito de las prestaciones por desempleo<sup>51</sup>, presuponiendo todas estas incompatibilidades el carácter sustitutorio de las rentas del trabajo que tienen las prestaciones económicas en cuestión. En segundo lugar, las incompatibilidades de las prestaciones económicas con otras prestaciones económicas de Seguridad Social que tuviese derecho a percibir el propio beneficiario, teniendo en cuenta que estas otras incompatibilidades pueden ser, a su vez: 1) incompatibilidades «internas» (relativas a prestaciones económicas causadas dentro de un mismo Régimen de Seguridad Social) o «externas» (relativas a prestaciones causadas en dos o más Regímenes distintos del sistema)<sup>52</sup>, siendo regla general la incompatibilidad de las prestaciones económicas otorgadas por un mismo Régimen<sup>53</sup>; 2) incompatibilidades «directas» e «indirectas», según que la norma que imposibilite el disfrute simultáneo de las prestaciones económicas tenga el carácter de norma genérica, indiscriminadamente aplicable a todas las prestaciones económicas en cuestión, o por el contrario, se trate de una norma integrada sólo en el particular estatuto jurídico de una de tales prestaciones<sup>54</sup>; y 3) incompatibilidades «relativas» y «absolutas», según que admitan o no la existencia de excepciones a la correspondiente regla general de incompatibilidad<sup>55</sup>.

Así, por ejemplo, el artículo 122.1 de la LGSS —relativo a que «las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente» (inciso primero)<sup>56</sup>— establece una incompatibilidad «interna» (pues se refiere sólo a las pensiones causadas en el Régimen General), «directa» (pues se aplica indiscriminadamente a todo tipo

<sup>46</sup> Artículo 132.1.b).

<sup>47</sup> Artículo 133.quinquies.

<sup>48</sup> Artículo 133 decies.

<sup>49</sup> Artículo 135.

<sup>50</sup> Artículo 165.1, párrafo 1º.

<sup>51</sup> Artículos 212.1.d), 213.1.d) y 221.1.

<sup>52</sup> Véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 28.

<sup>53</sup> *Ibidem*, págs. 49 y ss. (a propósito del Régimen General) y 105 y ss. (a propósito de los Regímenes Especiales).

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 29.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 30.

<sup>56</sup> El apartado 2 de esta mismo precepto afirma que «el régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total».

de pensiones del Régimen General, haciendo abstracción de cuál sea el peculiar estatuto jurídico de las mismas) y «relativa» (puesto que admite la existencia de excepciones)<sup>57</sup>.

En cambio, la disposición transitoria 7ª de la LGSS —relativa a que «quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social» (inciso primero)<sup>58</sup>— establece una incompatibilidad «externa» (pues se refiere a pensiones de distintos Regímenes), «indirecta» (pues la incompatibilidad aparece integrada en el particular estatuto jurídico de las pensiones SOVI) y tradicionalmente «absoluta» (desde siempre no admitía la existencia de excepciones, aunque con efectos económicos de 1 septiembre 2005 haya dejado de serlo, por razones de estricta justicia social)<sup>59</sup>.

Cualquiera que sea la concreta modalidad de «incompatibilidad» de prestaciones, esta última se caracteriza siempre por la imposibilidad legal de percepción simultánea de dos o más prestaciones económicas de Seguridad Social (normalmente, pensiones) por un mismo beneficiario, lo que implica: 1) la coexistencia de la titularidad formal del derecho a disfrutar dos o más prestaciones distintas por una misma persona física; y 2) el ejercicio del derecho de opción a una sola de ellas por parte de tal beneficiario, precisamente al efecto de evitar el disfrute efectivo conjunto de todas las prestaciones a él previamente reconocidas<sup>60</sup>.

§7. Supuesto que no exista incompatibilidad y que sea posible, por tanto, el disfrute simultáneo de dos o más prestaciones distintas, la legislación de Seguridad Social atenúa el alcance de la compatibilidad —sobre todo en el caso de las pensiones, por causa de la mayor carga financiera que suponen— mediante normas comunes relativas a la concurrencia de pensiones del sistema<sup>61</sup>. Esta «concurrencia»

<sup>57</sup> Respecto de las incompatibilidades entre las prestaciones por desempleo y otras prestaciones económicas de Seguridad Social, véase artículo 221.1 de la LGSS.

<sup>58</sup> Véase J.L. TORTUERO PLAZA, «La intangibilidad de lo reconocido en sentencia firme. A propósito de pensión SOVI, con consideraciones sobre la naturaleza de ésta», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. VII, Civitas (Madrid, 1990), págs. 53 y ss.

<sup>59</sup> Téngase en cuenta, en ejecución de lo previsto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005 (disposición adicional 59ª), que la Ley 9/2005, de 6 junio, procede a declarar compatibles las pensiones SOVI (sobre todo vejez e invalidez) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, modificando al efecto la disposición transitoria 7ª de la LGSS, para ordenarse ahora —sobre la base de que «los efectos económicos de lo previsto en esta Ley se producirán a partir del día 1 de septiembre de 2005» (disposición final 2ª)—, entre otras cosas, que «cuando concurren la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecida en cada momento» (disposición transitoria 7ª, párrafo 2º, inciso 1º, de la LGSS), aunque en «caso de superarse dicho límite, se procederá a la minoración de la cuantía de la pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en el importe necesario para no exceder del límite indicado» (*ibidem*, inciso 2ª).

<sup>60</sup> Al respecto, totalmente clarificador, véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 27.

<sup>61</sup> Véase F.J. PRADOS DE REYES, «La concurrencia de prestaciones en la reforma de la Seguridad Social», en el vol. *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1985), págs. 307 y ss.

presupone la compatibilidad entre dos o más pensiones públicas, pero también que los importes de todas estas pensiones públicas compatibles nunca puedan superar, una vez sumados, el importe de la cuantía de la «pensión máxima» anualmente fijado —como antes se vio— por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado<sup>62</sup>. Así lo establece la LGSS, afirmando —a propósito de la revalorización de pensiones<sup>63</sup>, incluso de las varias compatibles que tuviese derecho a disfrutar un mismo titular (caso prototípico, por ejemplo, de una viuda jubilada o incapacitada)— que «el importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para éstas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, *sumado, en su caso, al importe anual íntegro de las otras pensiones públicas percibidas por su titular*» (artículo 49). Los detalles de este tema aparecen contenidos, sin embargo, en la correspondiente Ley anual de Presupuestos Generales del Estado<sup>64</sup>, también cada año desarrollada en este concreto punto por el correspondiente Real Decreto sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social. De acuerdo con estas normas de vigencia contingente —pero cuyo contenido, salvo en lo relativo a las cuantías, suele repetirse año tras año—, resulta preciso distinguir: 1) la concurrencia «simultánea» de pensiones (esto es, «cuando sea la misma la fecha de efectos económicos de las pensiones, con independencia del momento en que se dictaron las resoluciones o actos de reconocimiento»), en cuyo caso «si la suma total de las pensiones supera el límite máximo establecido, el importe de las mismas se reducirá de forma proporcional hasta absorber el exceso»; y 2) la concurrencia «sucesiva» de pensiones (esto es, «cuando se efectúe el señalamiento inicial de una pensión pública en favor de quien ya estuviera percibiendo otra u otras pensiones públicas»), en cuyo caso la regla general es que «si la suma conjunta del importe íntegro de todas ellas superase el límite máximo establecido, se minorará o suprimirá el importe íntegro a percibir como consecuencia del último señalamiento hasta absorber la cuantía que exceda del referido límite».

Todas estas afirmaciones se toman de la correspondiente «Circular» anual del INSS, dando instrucciones para la aplicación del Real Decreto de revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social de que se trate.

---

<sup>62</sup> Véase *supra*, §5.

<sup>63</sup> Véase *supra*, §4.

<sup>64</sup> Desde la correspondiente al año 1984 (cfr. R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 333).

Téngase en cuenta, según disponen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que «si la pensión objeto de señalamiento inicial, en el presente o en anteriores ejercicios económicos, tuviera la condición de renta exenta en la legislación reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a solicitud del titular, procederá efectuar la citada minoración o supresión sobre la pensión o pensiones públicas que el interesado hubiera causado anteriormente»<sup>65</sup>, de manera que «en tales supuestos los efectos de la regularización se retrotraerán al día 1 de enero del año en que se solicite o a la fecha inicial de abono de la nueva pensión, si ésta fuese posterior». El concepto de «pensión pública» lo estableció el artículo 37 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (modificada por la «de acompañamiento» para el año 2004), al que remite el artículo 46 de la LGSS. Según esta normativa, no tienen la consideración de pensiones públicas las abonadas a través de planes de pensiones de empleo promovidos por las Administraciones Públicas<sup>66</sup>.

Supuesto especial de concurrencia es el previsto el artículo 31 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, a cuyo tenor «las percepción de una de las prestaciones económicas previstas en esta Ley deducirá de su cuantía cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social»<sup>67</sup>; particularmente, «se deducirán 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%, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona»<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sobre pensiones con la citada consideración de renta exenta, véase *supra*, §4.

<sup>66</sup> Véase *infra*, Tema 16, §5. Sobre el «Registro de Prestaciones Sociales Públicas», gestionado por el INSS, véase *infra*, Tema 14, §2.

<sup>67</sup> Inciso primero.

<sup>68</sup> Inciso segundo.



---

## TEMA 14

# LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Concepto y modalidades. §2. La gestión de prestaciones. §3. La colaboración en la gestión de prestaciones. §4. La prescripción y la caducidad de acciones en materia de gestión de prestaciones. §5. La gestión instrumental. §6. La colaboración en la gestión instrumental. §7. La proyectada Agencia de la Seguridad Social.

§1. La gestión de la Seguridad Social es la actuación administrativa orientada a hacer efectivos los derechos y deberes previstos en las fuentes normativas reguladoras de la Seguridad Social. En principio, aparece tratada en los artículos 57 a 79 de la LGSS, que conforman el Capítulo VII (rubricado «Gestión») de su Título I. Pero la regulación contenida en estos veintitrés preceptos debe completarse con otros muchos de la propia LGSS (en su Título II, a propósito del Régimen General, también existe un Capítulo expresamente rubricado «Gestión»<sup>1</sup>, y en su Título III, a propósito de la protección por desempleo, otro rotulado «Régimen financiero y *gestión de las prestaciones*»<sup>2</sup>), y sobre todo, con lo dispuesto en el artículo 3.1.b) de la LPL, que obliga a distinguir dos grandes modalidades de gestión de la Seguridad Social. En primer lugar, la que dicho precepto de la LPL denomina «gestión de prestaciones» (cfr. *infra*, §2) —revisable sólo ante los tribunales laborales, previo ejercicio temporáneo de las correspondientes acciones ante ellos (cfr. *infra*, §4)—, desarrollada por ciertas entidades públicas que la LGSS denomina «entidades gestoras» y, también, por ciertas entidades privadas legalmente autorizadas para que colaboren (de ahí que se las denomine «entidades colaboradoras») en la gestión de ciertas prestaciones de Seguridad Social (cfr. *infra*, §3). En segundo lugar, la que cabe denominar «gestión instrumental» (cfr. *infra*, §5), revisable

---

<sup>1</sup> Se trata de su Capítulo XI, artículos 198 y 199.

<sup>2</sup> Se trata de su Capítulo V, artículos 223 a 229.

sólo ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, y centralizada en la Tesorería General de la Seguridad Social —entidad pública a la que la LGSS, con notoria impropiedad jurídica, califica como mero «servicio común»<sup>3</sup>—, en cuyas actividades de gestión de la Seguridad Social también colaboran otros entes públicos y privados (cfr. *infra*, §6). Indudablemente, esta regulación de la gestión de la Seguridad Social —que se remonta en sus líneas maestras al año 1978— supuso en su día un importante avance simplificador, respecto de la que regulaba la versión originaria de nuestra segunda Ley general de Seguridad Social de 1974. Pero aún cabe simplificarla y racionalizarla todavía más —sobre todo en materia de gestión de prestaciones—, y a ello apunta la proyectada creación de una denominada «Agencia de la Seguridad Social» (cfr. *infra*, §7).

La necesidad de distinguir —por razones de orden público procesal— entre «gestión de prestaciones» y «gestión instrumental» es reciente, pues la redacción actual del citado artículo 3.1.b) de la LPL procede de la Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social<sup>4</sup>.

Como cualesquiera otros «servicios» de un organigrama administrativo, los verdaderos «servicios comunes» —como el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social o, también, la Gerencia de Informática de la Seguridad Social— carecen de personalidad jurídica propia<sup>5</sup>, lo que desde luego no es el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>6</sup>.

La regulación actual del tema en la LGSS trae causa del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, por el que se declararon organismos extinguidos, entre otros, el Instituto Nacional de Previsión, las Mutualidades Laborales y hasta siete «servicios comunes» distintos<sup>7</sup>.

Aunque hoy pueda sorprender, debe recordarse que las Magistraturas de Trabajo tuvieron desde antiguo competencias en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social (núcleo duro de la «gestión instrumental»), aunque la Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases de Procedimiento Laboral, ordenó que «los Juzgados de lo Social reintegrarán a la

<sup>3</sup> Artículo 63.

<sup>4</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 536.

<sup>5</sup> Así, reglamentariamente se afirma que «al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, con carácter de Servicio Común de la Seguridad Social y nivel orgánico de subdirección general le 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 Servicios Comunes de la Administración de la Seguridad Social, en los términos previstos en el Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 947/2001, de 3 de agosto» (cfr. disposición adicional 1ª.1 del Real Decreto 1600/2004, de 2 julio), aclarándose que se trata de un «Servicio Común de la Seguridad Social sin personalidad jurídica» (*ibidem*, apartado 2, párrafo 1º). Respecto de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, véase *supra*, Tema 3, §9.

<sup>6</sup> Para una discusión sobre el tema, véase D.A. SÁNCHEZ NAVARRO, *La gestión de la Seguridad Social en España*, CES (Madrid, 2003), págs. 176 ss.

<sup>7</sup> Cfr. su disposición final 1ª. Sobre el tema, véase J.M. ALMANSA PASTOR, «Principios de la reforma de la gestión de la Seguridad Social», en el vol. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos (Madrid, 1980), págs. 263 ss.

Tesorería General de la Seguridad Social, a partir de 1 de enero de 1990, las certificaciones de descubierto por débitos a la Seguridad Social y, en su caso, las actas de liquidación de cuotas, cualquiera que sea el estado en que las mismas se encuentren, a efectos de que se inicie o continúe su ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social o por otros órganos de carácter administrativo»<sup>8</sup>.

Téngase en cuenta, además, que la gestión de la Seguridad Social de los funcionarios públicos se rige no por la LGSS, sino «por la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto»<sup>9</sup>.

§2. La «gestión de prestaciones» de la Seguridad Social comprende muy diversas actuaciones administrativas. Pero las más esenciales cabe reconducirlas a sólo tres, consistentes en reconocer el derecho a percibir las prestaciones, responsabilizarse del pago de las prestaciones reconocidas y controlar el cumplimiento de los requisitos para poder seguir percibiendo las prestaciones en cuestión. En cuanto al reconocimiento del derecho, la regla general —según la LGSS— es que «la tramitación de las prestaciones... se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»<sup>10</sup>, aunque «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla... sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo»<sup>11</sup>. En cuanto a la responsabilidad del pago, esta modalidad de gestión comprende —en relación con las prestaciones económicas—, bien la emanación directa de «órdenes de pago» en favor de los beneficiarios (lo que ocurre en la hipótesis de ciertas prestaciones económicas «de corto plazo», como en los subsidios de maternidad y paternidad<sup>12</sup> o de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural<sup>13</sup>, o en las prestaciones y subsidios por desempleo<sup>14</sup>), bien la emanación de meras «propuestas de pago» (lo que ocurre, por ejemplo, en la hipótesis de las pensiones y de las indemnizaciones a tanto alzado, y también, en la de ciertas prestaciones económicas «de corto plazo», como las prestaciones familiares<sup>15</sup>), en

<sup>8</sup> Disposición transitoria, apartado 1.

<sup>9</sup> Artículo 10.3, inciso 1º, de la propia LGSS. Al respecto, véase *infra*, Tema 18.

<sup>10</sup> Disposición adicional 25ª.1.

<sup>11</sup> Disposición adicional 25ª.2, párrafo 1º. Al respecto, véase A. BLASCO PELLICER y M.A. GARCÍA RUBIO, *Curso de Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 373 ss.

<sup>12</sup> Cfr. disposición adicional 11ª.ter de la LGSS.

<sup>13</sup> Cfr. artículos 134 y —por remisión a él— 135.ter de la LGSS.

<sup>14</sup> Cfr. artículo 228 de la LGSS y artículo 26 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril.

<sup>15</sup> Según el Real Decreto 1335/2005, de 11 noviembre, «la gestión de las prestaciones familiares reguladas en este Real Decreto, así como el reconocimiento del derecho a ellas, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social» (artículo 27, párrafo 1º), aunque «el abono de la asignación económica [por hijo o menor acogido a cargo] se llevará a cabo directamente por la Tesorería General de la Seguridad Social» (artículo 18.2).

cuanto que actos de trámite imprescindibles para que puedan llegar a dictarse luego, pero ya en el marco de la «gestión instrumental», las correspondientes «órdenes de pago»<sup>16</sup>. Y en cuanto al control, también comprende la suspensión, extinción o anulación del derecho previamente reconocido a percibir las prestaciones, aunque teniendo en cuenta que la regla general —según la LPL— es que los entes gestores de prestaciones «no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido».

Esta regla, contenida en el apartado 1 del artículo 145 de la LPL, la excepciona el apartado 2 del propio precepto, afirmando que «se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior la rectificación de errores materiales y de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario»<sup>17</sup>.

Por Real Decreto 286/2003, de 7 marzo, se fijan los plazos máximos para la resolución y notificación de los procedimientos administrativos sobre reconocimiento del derecho a prestaciones de Seguridad Social (por ejemplo, 1 día en el de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, 30 días en el de reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal, 90 días en el de reconocimiento del derecho a la jubilación contributiva o en el de las prestaciones por muerte y supervivencia, 135 días en el de reconocimiento del derecho a las prestaciones por incapacidad permanente ó 180 días en el de reconocimiento de prestaciones amparadas en la normativa comunitaria europea)<sup>18</sup>.

La gestión de prestaciones comprende igualmente la declaración de la responsabilidad en orden a las mismas, pues —según la LGSS— «corresponderá a la entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa, de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquella o constituir el capital coste»<sup>19</sup>. Sin embargo, inopinadamente —siempre en materia de gestión de prestaciones—, la LGSS también afirma que «las resoluciones relativas a sanciones que las Entidades de las prestaciones impongan a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la [LISOS]..., serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente en la forma prevista en el artículo 71 [de la LPL]»<sup>20</sup>.

La gestión de prestaciones se caracteriza por su dispersión orgánica. En efecto, poseen competencia sobre ella hasta cinco entidades

<sup>16</sup> Véase *infra*, §5.

<sup>17</sup> Sobre estas excepciones, véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 256 ss.

<sup>18</sup> Cfr. su Anexo único.

<sup>19</sup> Artículo 126.4. Véase *infra*, Tema 15, §5.

<sup>20</sup> Artículo 96.2. Téngase en cuenta que el artículo 47.4 de la LISOS remite al artículo 48.4 de la propia LISOS, de acuerdo con el cual «la imposición de sanciones por infracciones *leves y graves*... corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social competente, salvo que la sanción afecte a las prestaciones por desempleo, en cuyo caso la competencia corresponde a la entidad gestora de las mismas». El procedimiento para la imposición de estas sanciones aparece regulado en el reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 mayo (artículo 37).

estatales distintas, formalmente encuadrables en la Administración institucional<sup>21</sup>, de las cuales las más importantes son las tres siguientes. En primer lugar, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) —expresamente calificado como «entidad gestora» por la LGSS<sup>22</sup>—, al que compete la gestión de la totalidad de las prestaciones del sistema, salvo las prestaciones por desempleo, las de los trabajadores del mar, las de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva y las prestaciones en especie (esto es, las sanitarias y las de los servicios sociales, incluidas las de dependencia, aunque retenga respecto de las primeras, en todo caso, la competencia para «el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria»)<sup>23</sup>. En segundo lugar, el Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo Instituto Nacional de Empleo o INEM), al que compete la gestión de las prestaciones por desempleo<sup>24</sup>. Y en tercer lugar, el Instituto Social de la Marina (ISM), al que compete la gestión de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar<sup>25</sup>.

Respecto del ISM —cuya creación se remonta a 1930—, la jurisprudencia afirma con naturalidad su «carácter indiscutido de Entidad Gestora de la Seguridad Social», a pesar de no aparecer mencionado como tal en el artículo 57 de la LGSS<sup>26</sup>.

Este último precepto elude igualmente mencionar el Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo INEM), aunque luego lo califiquen expresamente como «entidad gestora» la propia LGSS<sup>27</sup> y, también, la LPL<sup>28</sup> y la LISOS<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Según la Ley 6/1997, de 14 abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, «a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los Organismos autónomos», aunque su «régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable...», así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, será el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por esta Ley» (disposición adicional 6ª). Acerca de las «normas comunes» aplicables en la materia, véase B. ALONSO-OLEA GARCÍA y A. SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, UNED (Madrid, 2004), págs. 80-81.

<sup>22</sup> Artículo 57.1.a).

<sup>23</sup> Artículo 1.2.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 diciembre.

<sup>24</sup> Cfr. artículo 13 de la Ley 56/2003, de 16 diciembre. Téngase en cuenta que «el Instituto Nacional de Empleo pasa a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal» y, por tanto, que «todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal» (disposición adicional 1ª de la propia Ley 56/2003). Sobre esta norma, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 109-112.

<sup>25</sup> Según la disposición adicional 19ª de la LGSS, «el Instituto Social de la Marina continuará llevando a cabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia».

<sup>26</sup> Sobre el tema, agotándolo, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 459 ss.

<sup>27</sup> Cfr., por ejemplo, sus artículos 220, 222, 226, 227, 228 ó 229.

<sup>28</sup> Cfr. su artículo 145.bis.

<sup>29</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 48.4.

Según el Real Decreto 397/1996, de 1 marzo, regulador del Registro de Prestaciones Sociales Públicas, este último «se constituye en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, entidad responsable de la custodia de los ficheros, así como de la gestión y funcionamiento del Registro»<sup>30</sup>. Con él, se pretende —entre otros usos— «el conocimiento coordinado y la cesión de datos entre las entidades y organismos afectados, con el fin de facilitar el reconocimiento de las prestaciones, así como controlar el mantenimiento del derecho a las mismas y evitar el fraude»<sup>31</sup>.

La gestión de prestaciones —realizada, en todo caso, en régimen de descentralización administrativa por las recién citadas entidades gestoras— se caracteriza, además, porque resulta susceptible de ser transferida a las Comunidades Autónomas por parte del Estado. Al respecto, la LGSS prevé —en relación siempre con prestaciones no contributivas— la gestión autonómica de las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas<sup>32</sup>, y también, la de las prestaciones en especie (sanitarias y de los servicios sociales)<sup>33</sup>. Estos procesos de transferencia explican el carácter decadente que actualmente tienen el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)<sup>34</sup>, ambos prácticamente circunscritos —en su condición de «entidades gestoras» estatales de carácter residual— a la gestión transferible de las prestaciones sanitarias (con exclusión, recuérdese, del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, de competencia del INSS) en las ciudades de Ceuta y Melilla<sup>35</sup>.

Respecto de la descentralización administrativa citada, «en el ámbito provincial, son órganos del Instituto Nacional de la Seguridad Social sus respectivas Direcciones Provinciales»<sup>36</sup>, debiendo tenerse en cuenta que «para la tramitación del reconocimiento de las prestaciones... serán competentes los Directores Provinciales de la provincia en que se presente la correspondiente solicitud, salvo en el supuesto de las prestaciones de incapacidades laborales, en cuyo caso serán competentes los Directores Provinciales de la provincia en que tenga su domicilio el interesado»<sup>37</sup>.

Lógicamente, la estructura del Servicio Público de Empleo Estatal es distinta, pues actúa «descentralizadamente a través de una “red de oficinas” —de titularidad autonómica,

<sup>30</sup> Artículo 2.1.

<sup>31</sup> Artículo 1.2.b).

<sup>32</sup> Disposición adicional 18ª.

<sup>33</sup> Artículo 86.2, inciso 1º. La gestión autonómica de las prestaciones de dependencia aparece expresamente prevista en la Ley 39/2006, de 14 diciembre [artículo 11.1.b)].

<sup>34</sup> Según el Real Decreto 1600/2004, «en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, el Gobierno procederá a la reestructuración del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, que pasa a denominarse Instituto de Mayores y Servicios Sociales» (disposición final 3ª).

<sup>35</sup> Respecto del INGESA, véase *supra*, Tema 12, §1. Respecto del IMSERSO, véase *infra*, Tema 16, §2.

<sup>36</sup> Artículo 15.1 del Real Decreto 2583/1996.

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículo 15.3, párrafo 1º.

aunque también utilizadas por el Estado—, de las que hay más de 500 en toda España»<sup>38</sup>. También es distinta —por pura lógica— la estructura del ISM, pues sus «Direcciones Provinciales... se clasifican, “según el volumen de gestión”, en tres categorías: 1) “B”, que comprende las Direcciones de “Cádiz, La Coruña, Guipúzcoa, Huelva, Las Palmas, Vigo, Villagarcía de Arosa y Vizcaya”...; 2) “C”, en las que se integran las de “Alicante, Almería, Baleares, Barcelona, Cantabria, Cartagena, Castellón, Gijón, Lugo, Madrid, Málaga, Sevilla, Tarragona, Tenerife y Valencia”; y 3) “D”, correspondientes a “Ceuta y Melilla”»<sup>39</sup>.

La gestión autonómica de las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva comprende, además del reconocimiento del derecho a las mismas<sup>40</sup>, también la emanación de las correspondientes «propuestas de pago», aunque las «órdenes de pago» a sus beneficiarios las dicte siempre la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>41</sup>.

**§3.** La sección 4ª del citado Capítulo VII del Título I de la LGSS (artículos 67 a 77) regula, en principio, la «Colaboración en la gestión de la Seguridad Social». Se trata de preceptos que entremezclan la colaboración en la gestión de prestaciones y la colaboración en la gestión instrumental. De acuerdo con ellos, la colaboración en la gestión de prestaciones puede ser llevada a cabo por dos tipos distintos de sujetos privados, que son las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social<sup>42</sup> y, también, los empresarios.

Por supuesto, no cabe confundir la colaboración en la gestión y la «participación en la gestión» de la Seguridad Social, que no es más que una manifestación concreta del derecho de «participación institucional» que ostentan ciertas asociaciones empresariales y sindicales<sup>43</sup>, y que incluso les reconoce —en relación con la Administración de la Seguridad Social— el artículo 129.1 de la CE. Esta matización resulta necesaria, vistas las imprecisiones terminológicas en que incurre el artículo 4.2 de la LGSS<sup>44</sup>.

En relación con la colaboración de las Mutuas, los artículos 68 a 76, y las disposiciones adicionales 11ª y 34ª, de la LGSS han sido desarrollados por el reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 diciembre, profundamente modificado sobre todo por el Real Decreto 428/2004, de 12 marzo. En relación con la colaboración de los empresarios, a la que se refiere el artículo 77 de la LGSS, todavía sigue vigente una vieja Orden Ministerial de 25 noviembre 1966, sobre colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, aunque profundamente modificada por Orden Ministerial de 20 abril 1998.

<sup>38</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 109.

<sup>39</sup> Véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 466-467.

<sup>40</sup> A propósito de la disposición adicional 18ª.3, párrafo 2º, de la LGSS, véase *supra*, Tema 11, §2 y §3.

<sup>41</sup> Al respecto, artículo 21 de la Orden Ministerial de 22 febrero 1996, de desarrollo del reglamento general de gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1391/1995, a ver *infra*, §5.

<sup>42</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las mutuas patronales*, Civitas (Madrid, 1986), págs. 17 ss.; y J.F. BLASCO LAHOZ, *Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), págs. 83 ss.

<sup>43</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 492 ss.

<sup>44</sup> Ya sin imprecisiones, véase asimismo el artículo 60 de la propia LGSS (rotulado «Participación en la gestión»).

Según la LGSS, «se considerarán mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que les sean legalmente atribuidas»<sup>45</sup>, teniendo en cuenta que para constituir las resulta preceptivo «que concurren, como mínimo, 50 empresarios y 30.000 trabajadores, cotizando un volumen de cuotas no inferior al límite que reglamentariamente se establezca»<sup>46</sup>. Dada su naturaleza de entidades colaboradoras privadas y visto el tenor del artículo 64 de la LPL<sup>47</sup>, las Mutuas —procesalmente hablando— son «entidades contra las que no hay que formular reclamación previa y respecto de las que tampoco hay que agotar trámite alguno de conciliación previa»<sup>48</sup>.

Las Mutuas gestionan el subsidio de incapacidad temporal, respecto de los siguientes colectivos de trabajadores: 1) *trabajadores al servicio de la propia Mutua*, pues «dichas entidades asumirán respecto de su propio personal la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes»<sup>49</sup>; 2) *trabajadores al servicio de sus empresarios asociados*, en todo caso, si se trata del subsidio derivado de riesgos profesionales (accidente de trabajo, enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural)<sup>50</sup>, y en caso de que el empresario hubiese optado por la protección de la Mutua, si se tratase del subsidio derivado de riesgos comunes<sup>51</sup>; y 3) *trabajadores autónomos que hubiesen optado por adherirse a la protección de la Mutua*, tanto si el subsidio deriva de riesgos comunes (con independencia de que se trate de autónomos encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia<sup>52</sup> o en el

<sup>45</sup> Artículo 68.1.

<sup>46</sup> Artículo 69.a). Sobre el tema, véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Ciencias de la Dirección (Madrid, 1995), págs. 11 ss.

<sup>47</sup> Sobre la base de que este precepto exceptúa del requisito de la conciliación previa los procesos «que versen sobre Seguridad Social» (apartado 1), téngase en cuenta que igualmente resultan exceptuados del requisito en cuestión «aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público [por ejemplo, el INSS] también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto litigioso» [apartado 2.a)].

<sup>48</sup> Al respecto, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de Seguridad Social*, EDERSA (Madrid, 2000), pág. 156.

<sup>49</sup> Disposición adicional 1ª, párrafo 2º, del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 61.2 del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995. Sobre la naturaleza «profesional» de los subsidios por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, y su posible gestión y pago por parte de las Mutuas, véase *supra*, Tema 5, §5.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 69 del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995.

<sup>52</sup> Cfr. artículo 74 del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995.



Régimen Especial del Mar<sup>53</sup>) como si deriva de riesgos profesionales (de nuevo, con independencia de que se trate de autónomos encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos<sup>54</sup>, o de autónomos encuadrados en el Régimen Especial del Mar<sup>55</sup>). En todos estos casos, la gestión de la correspondiente prestación económica tiene carácter integral, pues «corresponde a la mutua de que se trate la expedición de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción, en los procesos de incapacidad temporal»<sup>56</sup>. Además, respecto de los riesgos profesionales de todos esos trabajadores, la Mutua también asume la prestación de la asistencia sanitaria y recuperadora, bien a través de instalaciones o medios propios, si es que los tiene, bien mediante instalaciones o medios concertados, si careciese de ellos<sup>57</sup>.

Siempre en relación con el subsidio de incapacidad temporal, la gestión de dicha prestación por parte de la Mutua también comprende la «previa determinación de la contingencia [en realidad, el concreto riesgo] causante»<sup>58</sup>.

Respecto de la incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo, las Mutuas no colaboran en la gestión de las pensiones correspondientes (que corresponde al INSS), sino sólo en la de su gestión instrumental, pues —según la LGSS— «en materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social... se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo las entidades señaladas constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su responsabilidad, los capitales coste correspondientes»<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Esto último no lo prevé el precepto reglamentario que acaba de citarse, sin duda, porque la cobertura de la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes de los autónomos del mar no es todavía un tema totalmente normalizado, en el plano del cuadro de prestaciones de dicho Régimen Especial. Al respecto, véase *supra*, Tema 9, §6.

<sup>54</sup> Cfr. artículo 47.3 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero; y artículo 8 del Real Decreto 1273/2003, de 10 octubre.

<sup>55</sup> Cfr. artículo 85 del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995.

<sup>56</sup> Cfr. artículo 61.2, párrafo 2º, del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995; además, artículo 80.1, párrafo 3º, y artículo 87.2, párrafo 2º, del propio reglamento. Al respecto, véase J. CRUZ VILLALÓN, «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal», *Relaciones Laborales*, 1996-1, págs. 349 ss.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 12 del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995.

<sup>58</sup> Cfr. artículo 61.2, párrafo 2º, del reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995; también, artículo 80.1, párrafo 3º, y 87.2, párrafo 2º, del propio reglamento.

<sup>59</sup> Artículo 87.3, párrafo 1º. Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «por capital coste se entenderá el valor actual de dichas prestaciones, que se determinará en función de las características de cada pensión y aplicando los criterios técnicos-actuariales más apropiados, de forma que los importes que se obtengan garanticen la cobertura de las prestaciones con el grado de aproximación más adecuado y a cuyo efecto el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aprobará las tablas de mortalidad y la tasa de interés aplicables». Complemento de estas previsiones legales es la Orden TAS/4054/2005, de 27 diciembre, desarrollando los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social.

En cambio, en relación con la incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de enfermedades profesionales, ni siquiera existe la recién citada colaboración en la gestión instrumental por parte de las Mutuas, puesto que en modo alguno asumen la cobertura de esta otra clase de pensiones<sup>60</sup>.

Siempre en materia de gestión de prestaciones, los empresarios colaboran calculando provisionalmente la cuantía del subsidio de incapacidad temporal, a efectos de proceder a su abono inmediato al trabajador, antes incluso de que haya tenido lugar el reconocimiento del derecho en cuestión (bien por parte del INSS, bien por parte de la Mutua correspondiente)<sup>61</sup>, teniendo en cuenta —si luego ocurriese que «no se reconozca el derecho a las prestaciones» o, también, que «se reconozcan en cuantía inferior a la que la Empresa haya satisfecho»— que en estos casos la regla es que el empresario no puede reclamar a la entidad responsable de la gestión del subsidio el reintegro de lo indebidamente satisfecho, aunque «podrá exigir su devolución a los trabajadores afectados»<sup>62</sup>. También colaboran pagando los subsidios de incapacidad temporal por riesgos profesionales y comunes, bien directamente y a su cargo, bien por delegación de la entidad gestora o colaboradora responsables del reconocimiento de la prestación (esto es, del INSS o de una Mutua). En fin, al igual que las Mutuas, también las empresas pueden asumir la prestación de la asistencia sanitaria a sus trabajadores, siempre y cuando posean «instalaciones sanitarias propias suficientemente eficaces», lo que resulta especialmente concebible en caso de «tener la empresa la finalidad, exclusiva o no, de prestar asistencia sanitaria»<sup>63</sup>.

Tradicionalmente, el pago del subsidio por delegación de la entidad gestora o Mutua patronal responsables del mismo se denominaba «colaboración obligatoria»<sup>64</sup>, mientras que

<sup>60</sup> Así lo establece la LGSS, al contraponer la obligación de las Mutuas de repartir entre sus asociados, de un lado, «el coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo sufrido por el personal al servicio de los asociados» [artículo 68.3.a)]; y de otro lado, «el coste de las prestaciones por enfermedades profesionales padecidas por el personal al servicio de los asociados, en la situación de incapacidad temporal y período de observación y, en las demás situaciones, la contribución que se les asigne para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de la aludida contingencia» [artículo 68.3.b)].

<sup>61</sup> Véase artículo 17 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966, en el que se afirma que «la Mutualidad Laboral [hoy el INSS] o la Mutua patronal, en su caso, informarán a la Empresa sobre cualquier duda que la aplicación de dichas normas pudiera suscitarle». Acerca del juego aquí del denominado «principio de oficialidad», véase *supra*, Tema 5, §2.

<sup>62</sup> Acerca de todo esto, véase artículo 18 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966. Según este mismo precepto, por excepción, «en el caso de que el no reconocimiento del derecho a la prestación... sea debido a inexactitud de la declaración formulada por el trabajador para acreditar que tiene cubierto el período de cotización exigido,... el empresario podrá efectuar el correspondiente reintegro, sin perjuicio de que la Entidad gestora exija al trabajador las responsabilidades que procedan».

<sup>63</sup> Cfr. artículos 4.2 y 7.1.c) de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966.

<sup>64</sup> Cfr. artículo 16 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966. Sobre ella, véase *supra*, Tema 5, §2.

su pago directo y a cargo de la empresa era lo denominado «colaboración voluntaria»<sup>65</sup> —sólo autorizable respecto de empresas laboralmente grandes y que poseyesen, además, instalaciones sanitarias propias suficientes<sup>66</sup>—, aunque resulte evidente ahora que en el caso del subsidio por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes entre los días 4º y 15º de baja, cuyo pago —desde 1992— también es directo y a cargo de la empresa, no quede más remedio que hablar igualmente de colaboración obligatoria.

Aunque en la regulación del tema se entremezclen cuestiones de gestión de prestaciones y cuestiones de gestión instrumental —estas últimas relativas a las compensaciones que el empresario tiene derecho a practicar sobre las cotizaciones del mes siguiente, en el caso de la «colaboración obligatoria»<sup>67</sup>, y a la minoración de sus cotizaciones, en el caso de la «colaboración voluntaria»<sup>68</sup>—, lo cierto es que el pago del subsidio de incapacidad temporal forma parte de la gestión de esta concreta prestación. Lo evidencia el precepto reglamentario en el que se afirma que «las Empresas que empleen menos de 10 trabajadores y lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de ellos una prestación económica por [incapacidad temporal]..., cualquiera que sea su causa, podrán trasladar en cualquier momento la obligación del pago directo de la misma al [INSS]... o, en su caso, Mutua patronal, por cuya delegación lo viniesen efectuando»<sup>69</sup>.

Colaboración obligatoria de las empresas es, también, el pago por delegación de las prestaciones por desempleo parcial<sup>70</sup>, aunque ya se indicó que esta contingencia tiene hoy en día un carácter rigurosamente residual<sup>71</sup>.

**§4.** Como es lógico, la gestión de prestaciones puede llegar a provocar litigios, que resuelven —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.b) de la LPL— los tribunales laborales. Aunque la LGSS, como norma sustantiva que es, debiera ser la única norma reguladora del tema de la prescripción y caducidad de acciones en materia de gestión de prestaciones —puesto que estos plazos tienen la naturaleza de plazos materiales, pero no la de plazos procesales<sup>72</sup>—, también hay que tener en cuenta lo que dispone sobre el propio tema la LPL, a propósito de la regulación que efectúa de los procesos laborales especiales de Seguridad Social<sup>73</sup>. Estas dos leyes regulan, en realidad, los plazos de ejercicio ante

<sup>65</sup> Cfr. artículos 4 y 7 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966.

<sup>66</sup> Cfr. artículos 4.1 y 7.1 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966. Véase I. BALLESTER PASTOR, «La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión del sistema de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 112 (2000), págs. 7 ss.

<sup>67</sup> Cfr. *supra*, Tema 5, §2.

<sup>68</sup> Según el artículo 77.1, párrafo último, de la LGSS, «las empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social». Al respecto, véanse artículos 6 y 9 de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966.

<sup>69</sup> Artículo 16.2, inciso 1º, de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966.

<sup>70</sup> Cfr. artículo 16.1.d) de la Orden Ministerial de 25 noviembre 1966 y artículo 26.4 del citado Real Decreto 625/1985.

<sup>71</sup> Véase *supra*, Tema 10, §3.

<sup>72</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 521-523.

<sup>73</sup> Sobre ellos, *ibidem*, págs. 577-578.

los tribunales laborales de cinco acciones distintas en materia de gestión de prestaciones, dos de ellas por parte del beneficiario y las tres restantes por parte de las entidades gestoras o colaboradoras en dicha modalidad de gestión de la Seguridad Social.

Con carácter general, la LGSS afirma que «la prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate»<sup>74</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, el plazo de treinta días a que se refiere hoy el artículo 71.5 de la LPL <sup>75</sup> «se aproxima... a los de carácter procesal», pues «ni siquiera afecta al derecho subjetivo material en la medida en que su incumplimiento sólo determina una pérdida del trámite»<sup>76</sup>.

A las acciones relativas a mejoras voluntarias de Seguridad Social se les aplica el plazo prescriptorio quinquenal, que se verá inmediatamente, pero no el anual del artículo 59 del ET<sup>77</sup>.

En primer lugar, la acción para el reconocimiento del derecho a prestaciones de Seguridad Social. Según el artículo 43.1 de la LGSS, esta acción del beneficiario «prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate». El precepto sienta esta regla general, pero «sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley», que son las relativas a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación<sup>78</sup> y a la imprescriptibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia (pensiones de viudedad, pensiones de orfandad, etc.), salvo el auxilio por defunción<sup>79</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, este mismo plazo se aplica igualmente para impugnar la resolución denegatoria o revocatoria del derecho a prestaciones<sup>80</sup>.

La proclamación del citado plazo prescriptorio quinquenal también lo efectúa el artículo 43.1 de la LGSS, 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».

Recuérdese, sin embargo, en relación con esto último, que la solicitud de prestaciones y subsidios de desempleo tiene plazos específicos de retroacción de efectos<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup> Artículo 43.2.

<sup>75</sup> Según el cual, «la demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo».

<sup>76</sup> Al respecto, STSud de 19 octubre 1996 (Ar. 7777).

<sup>77</sup> Véanse SsTSud de 25 septiembre 1995 (Ar. 6886) y 23 abril 1996 (Ar. 3400).

<sup>78</sup> Artículo 164 de la LGSS.

<sup>79</sup> Artículo 178 de la LGSS.

<sup>80</sup> Al respecto, véase STSud de 10 febrero 2000 (Ar. 1753).

<sup>81</sup> Véase *supra*, Tema 10, §4.

En segundo lugar, la acción para el percibo de prestaciones de Seguridad Social. Según el artículo 44 de la LGSS, aquí hay que distinguir el cobro de dos tipos distintos de prestaciones. En efecto, si se tratase del percibo de prestaciones a tanto alzado y por una sola vez, entonces la acción del beneficiario para exigir su cobro «*caducará* al año, a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su concesión» (apartado 1); en cambio, si el percibo se refiriese a percepciones periódicas o pensiones, entonces la acción del beneficiario para exigir el cobro de cada mensualidad «*caducará* al año de su respectivo vencimiento» (apartado 2).

Según jurisprudencia laboral unificada, aunque la regla general es que «la caducidad de la pensión periódica supone el previo reconocimiento de la prestación, pues sólo caducan las prestaciones reconocidas», los preceptos en cuestión también se aplican al caso de prestación periódica que «no tenía que ser [expresamente] reconocida, habida cuenta del [juego respecto de ella del] principio de automaticidad [de las prestaciones]»<sup>82</sup>.

En tercer lugar, la acción de las entidades gestoras o de las Mutuas para revisar actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios<sup>83</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la anulación del derecho a una prestación previamente reconocida. Y según el artículo 145 de la LPL, en estos supuestos, la «acción de revisión» —a ejercitarse demandando al beneficiario— «*prescribirá* a los cinco años» (apartado 3).

Según jurisprudencia laboral unificada, no existe plazo ninguno de prescripción para solicitar judicialmente la revisión de resoluciones declarativas de derechos en perjuicio de los beneficiarios, que tengan el carácter de actos administrativos «nulos de pleno derecho» (no meramente anulables), si las mismas se adoptaron con posterioridad a 27 febrero 1993 (fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)<sup>84</sup>.

En cuarto lugar, la acción de las entidades gestoras o de las Mutuas para exigir el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por el beneficiario<sup>85</sup>. Aunque independiente de la anterior, se halla estrechamente ligada a la misma, pudiendo ejercerse ambas

<sup>82</sup> Cfr. STSud de 1 febrero 1999 (Ar. 85), a propósito del subsidio por incapacidad temporal.

<sup>83</sup> Monumental sobre el tema, véase J.I. GARCÍA NINET, «Revisión de oficio de sus actos por los órganos de la Seguridad Social. Alcance y límites (Un recorrido jurisprudencial por un laberinto: ¿dónde está la salida?)», en F. GÓMEZ FERREIRO y G. MOLINER TAMBORERO (Directores), *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2001), págs. 346 ss.

<sup>84</sup> Al respecto, STSud (Sala General) de 21 abril 2000 (Ar. 4251).

<sup>85</sup> Véase A. VICENTE PALACIO, *El reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1998), págs. 35 ss.

acciones acumuladas en la misma demanda contra el beneficiario. Según el artículo 45 de la LGSS, esta acción «prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora» (apartado 3)<sup>86</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, aunque «se reconoce al reintegro como una consecuencia accesoria del derecho de revisión» —por lo que «el mantenimiento del derecho al reintegro al margen del derecho a la revisión “carece de fundamento legal y es contrario a los principios de economía y armonía procesales, al generar dos litigios sobre la misma cuestión con riesgo de soluciones contrarias”»—, existen supuestos híbridos en los que incluso cabe distinguir entre «revisión cuantitativa factible de oficio, y la necesidad de acudir a los tribunales para reclamar el reintegro (éste no reclamable de oficio)»<sup>87</sup>.

El reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, una vez declarado y supuesto que se efectúe por compensación de prestaciones en curso de percepción (o «descuento»), resulta ser verdadero tema de gestión de prestaciones, afirmando al respecto el Real Decreto 148/1996, de 5 febrero, que dicho procedimiento especial «será aplicado por las entidades gestoras... cuando, como consecuencia de la revisión del derecho previamente reconocido, resulten prestaciones indebidamente percibidas»<sup>88</sup>, aunque «únicamente... en los supuestos en que la entidad gestora... pueda revisar directamente el acto de reconocimiento de la prestación al estar motivada la revisión por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios, o cuando proceda la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos»<sup>89</sup>.

Si no resultase posible la aplicación de este procedimiento especial de «descuento», entonces el reintegro de prestaciones indebidas pasa a convertirse en asunto de gestión recaudatoria, afirmando al respecto el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, a ver luego<sup>90</sup>, que sus normas sólo regirán «en aquellos supuestos en que no hubiera sido posible la aplicación del procedimiento especial de reintegro por descuento regulado en el Real Decreto 148/1996..., o bien cuando, iniciado éste, no hubiera sido posible efectuar las deducciones necesarias para cancelar la deuda en su totalidad»<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Acerca de la jurisprudencia enervada por este precepto, véase C. MOLINA NAVARRETE, «El principio general de la buena fe y la obligación de reintegrar las prestaciones sociales indebidas», *Actualidad Laboral*, 1997-3, págs. 1091 ss.

<sup>87</sup> Véase STSud (Sala General) de 3 octubre 2001 (Ar. 399 de 2002), mencionando entre dichos supuestos híbridos el caso de «las pensiones que superan los límites máximos establecidos en todas las Leyes anuales de presupuestos desde el año 1983».

<sup>88</sup> Artículo 1.1. Véase J.A. MARTÍNEZ LUCAS, «La compensación de deudas con la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, 1998-V, págs. 1139 ss.

<sup>89</sup> Artículo 1.2. Estas limitaciones no rezan, sin embargo, para el reintegro de prestaciones indebidas por desempleo, regulado en sus disposiciones específicas, contenidas en el artículo 227 de la LGSS y en los artículos 32 a 35 del Real Decreto 625/1985. Sobre este último tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Régimen de las prestaciones. Automática en el pago. Incompatibilidades. Reintegro de prestaciones indebidas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. X [monográfico sobre «El desempleo. Especial consideración de las prestaciones de nivel de asistencia»] (1996), págs. 298 ss.

<sup>90</sup> *Infra*, §6 *in fine*.

<sup>91</sup> Artículo 80.1.

En quinto lugar, la acción de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para exigir la devolución de prestaciones y cotizaciones por desempleo causadas por una reiterada contratación temporal abusiva o fraudulenta. Según el artículo 145.bis de la LPL, esta acción se dirige contra «el empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales» [apartado 3.a)], al efecto de obtener «la condena al empresario» (apartado 1, párrafo 1º). Y debe ejercitarse —sin que el precepto en cuestión especifique si se trata de un plazo de caducidad o prescripción— «en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado [por el trabajador] la última solicitud de prestaciones [por desempleo] en tiempo y forma» (apartado 1, párrafo 3º)<sup>92</sup>.

Téngase en cuenta, según la Ley 45/2002, de 12 diciembre, que «la comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refiere el nuevo artículo 145.bis de la Ley de Procedimiento Laboral se podrá dirigir a la autoridad judicial cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley»<sup>93</sup>, cosa que ocurrió el 14 diciembre 2002.

**§5.** La «gestión instrumental» se denomina así, por causa de que comprende la realización de todos los actos administrativos relativos a «las relaciones jurídicas instrumentales (inscripción, altas, bajas, cotización y recaudación)»<sup>94</sup>. Según el artículo 63 de la LGSS, la lleva a cabo la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ente estatal «con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos financieros» (apartado 1, inciso 1º). Esta modalidad de gestión constituye el núcleo del «régimen económico de la Seguridad Social», que es —según el artículo 149.1.17ª de la CE— «competencia exclusiva» del Estado; y por ello mismo, resulta rigurosamente intransferible a las Comunidades Autónomas.

Sobre el tema, la sentencia decisiva es la STC 124/1989, de 7 julio, confirmando la constitucionalidad del Real Decreto 1314/1984, de 20 junio, sobre estructura y competencias

---

<sup>92</sup> Sobre esta nueva modalidad del proceso laboral especial de Seguridad Social, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 578.

<sup>93</sup> Disposición transitoria 9ª.

<sup>94</sup> Al respecto, véase la exposición de motivos de la citada Ley 52/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Y noticiando las revoluciones sustantivas y procesales derivadas de la promulgación de esta norma, véase A. ARUFE VARELA, «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones», *Tribuna Social*, núm. 178 (2005), págs. 16 ss.

de la TGSS, en la que se afirma que «del artículo 149.1.17ª de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas», pues «la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas»<sup>95</sup>.

Al igual que las entidades gestoras de prestaciones, la TGSS también actúa descentralizadamente, de manera que «en el ámbito provincial, son órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social sus respectivas Direcciones Provinciales»<sup>96</sup>.

La comprensión del funcionamiento fisiológico de la TGSS exige tener muy en cuenta el reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1391/1995, de 4 agosto, y desarrollado por Orden Ministerial de 22 febrero 1996.

Como administradora de la «caja única» de la Seguridad Social, la TGSS se ocupa de la gestión de los ingresos y de la gestión de los pagos del sistema de Seguridad Social, en cuanto que ingresos y pagos imputables a dicha «caja»<sup>97</sup>. Sobre la base de que las cotizaciones sociales resultan ser ingresos primordiales de la misma, en la gestión de ingresos encajan: 1) la *gestión del aseguramiento* (a la que pertenecen los documentos de la llamada «serie TA») <sup>98</sup>, esto es, todo lo relativo a la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas —incluido el aseguramiento de riesgos profesionales por parte de las Mutuas, que también controla la TGSS <sup>99</sup>—, pues «se trata de actos que inciden muy directamente en la obligación de cotizar, y por ello no pueden entenderse totalmente ajenos al régimen económico de la Seguridad Social» <sup>100</sup>; 2) la *gestión de las cotizaciones* <sup>101</sup> (a la que pertenecen los documentos de la llamada «serie TC») <sup>101</sup>, esto es, la «organización de los medios y el diseño y gestión de los procesos necesarios para el ingreso de las cuotas y demás recursos financieros del sistema de la Seguridad Social» <sup>102</sup>; y 3) la «*gestión recaudatoria*» (a la que pertenecen los documentos de la llamada «serie TR») <sup>103</sup>, esto es, «todos los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe

<sup>95</sup> Más jurisprudencia constitucional al respecto, en J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 75-77.

<sup>96</sup> Artículo 7.1 del Real Decreto 1314/1984.

<sup>97</sup> El artículo 18.1 de la LGSS llega incluso a identificar la «caja» y la TGSS, al hablar de «la Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social».

<sup>98</sup> Sobre ellos, véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>99</sup> Véase *supra*, Tema 3, §2 *in fine*.

<sup>100</sup> STC 124/1989, de 7 julio.

<sup>101</sup> Sobre ellos, véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>102</sup> Artículo 1.1.a) del reglamento general aprobado por Real Decreto 1391/1995.

<sup>103</sup> Sobre ellos, véase *supra*, Tema 3, §5.



(liquidación)», así como la «recaudación en período voluntario (decisiones sobre aplazamientos y fraccionamientos de pago, recargos, devoluciones de cuotas, etc.)» y la «recaudación en vía ejecutiva», y por tanto, la materia regulada en «los artículos 20, 23 y 25 a 32 de la Ley General de la Seguridad Social»<sup>104</sup>. En cuanto a la gestión de pagos con cargo a la tan citada «caja única», a la TGSS le compete, entre otras funciones, la «distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente el pago de las obligaciones de la Seguridad Social»<sup>105</sup>, teniendo en cuenta que «los Ordenadores de Pago de la Tesorería General de la Seguridad Social, en base a las *propuestas de pago* autorizadas por los órganos competentes de las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, organismos o entidades ajenas al sistema [por ejemplo, los órganos gestores de prestaciones de las Comunidades Autónomas] cuya gestión de pago esté encomendada a dicha Tesorería General, expedirán las *órdenes de pago* correspondientes con cargo a la respectiva entidad, servicio u organismo»<sup>106</sup>.

Todas estas actividades de gestión instrumental de la Seguridad Social aparecen descritas —con prolijidad explicable— en el artículo 3.1.b) de la LPL, en el que se afirma la incompetencia de los tribunales laborales para conocer de la impugnación «de las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social»<sup>107</sup>, quedando «asimismo... excluidas de su conocimiento las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por su respectiva entidad gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción»<sup>108</sup>.

Actividad de gestión instrumental de la TGSS es, también, «la gestión de la función reaseguradora de accidentes de trabajo»<sup>109</sup>, sobre la base —según la LGSS— de que «el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrá establecer la obligación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social de asegurar los riesgos asumidos que se determinen, a través de un régimen de reaseguro proporcional

<sup>104</sup> Todas estas afirmaciones, en STSud (Sala General) de 29 abril 2002 (Ar. 5683). Al respecto, véase M.A. MOMPALER CARRASCO, *La recaudación de los recursos de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 17 ss.; también, P. MADRID YAGÜE, *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 25 ss.

<sup>105</sup> Artículo 1.1.b) del reglamento general aprobado por Real Decreto 1391/1995.

<sup>106</sup> Artículo 12 del reglamento general aprobado por Real Decreto 1391/1995.

<sup>107</sup> Párrafo 1º.

<sup>108</sup> Párrafo 2º.

<sup>109</sup> Artículo 1.1.j) del Real Decreto 1314/1984.

obligatorio y no proporcional facultativo o mediante cualquier otro sistema de compensación de resultados»<sup>110</sup>.

La «caja única» se materializa en muy diversas cuentas bancarias abiertas a nombre de la TGSS<sup>111</sup>, como la «Cuenta Unica Centralizada abierta en el Banco de España, para el ingreso de las aportaciones del Estado a la Seguridad Social y de los demás entes públicos cuya gestión de ingresos y pagos se atribuya a la Tesorería General de la Seguridad Social»<sup>112</sup>.

También en materia de «gestión instrumental», al igual que ocurre en la de prestaciones, la regla general es que «los actos declarativos de derechos... no podrán revisarse de oficio en perjuicio de sus beneficiarios», de manera que «cuando la Tesorería General de la Seguridad Social pretenda la revisión de dichos actos, deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa». Al respecto, la LGSS fija diversos plazos de prescripción, en sus artículos 21 y 23. De entre estos plazos, los más significativos son los siguientes: 1) prescribirá «a los cuatro años... el derecho de la Administración de la Seguridad Social para *determinar las deudas* con la misma cuyo objeto esté constituido por cuotas, mediante las oportunas liquidaciones»<sup>113</sup>; 2) también prescribirá «a los cuatro años... la acción para *exigir el pago de deudas* por cuotas de la Seguridad Social»<sup>114</sup>; y 3) «el derecho a la *devolución de ingresos indebidos* [por ejemplo, cotizaciones indebidamente ingresadas por el empresario] prescribirá a los cuatro años, a contar del día siguiente al ingreso de los mismos»<sup>115</sup>.

La regla sobre imposibilidad de revisión de oficio de los actos administrativos recién citados aparece contenida en el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 junio<sup>116</sup>, y desarrollado por Orden TAS/1562/2005, de 25 mayo.

En esta misma norma —al igual que ocurre en la hipótesis de la gestión de prestaciones—, también se indica que «la Tesorería General de la Seguridad Social podrá revisar de oficio sus actos declarativos de derechos cuando la revisión se funde en la constatación

<sup>110</sup> Artículo 87.3, párrafo 3º. Cfr., además, su artículo 201.2. Según el reglamento de colaboración de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995, «en relación con la protección de accidentes de trabajo..., las Mutuas deberán reasegurar obligatoriamente en la Tesorería General de la Seguridad Social el 30 por 100 de las prestaciones de carácter periódico derivadas de los riesgos de invalidez [esto es, incapacidad permanente], muerte y supervivencia que asumen respecto de sus trabajadores protegidos, correspondiendo como compensación a dicho Servicio Común, el porcentaje de las cuotas satisfechas por las empresas asociadas por tales contingencias que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social» (artículo 63.2, párrafo 1º).

<sup>111</sup> Todas aparecen detalladas en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 22 febrero 1996, de desarrollo del reglamento general aprobado por Real Decreto 1391/1995.

<sup>112</sup> *Ibidem*, apartado 1.a).

<sup>113</sup> Artículo 21.1.a).

<sup>114</sup> Artículo 21.1.b).

<sup>115</sup> Artículo 23.1.1.3.

<sup>116</sup> Artículo 47.1.

de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios»<sup>117</sup>; y además, que «podrá rectificar en cualquier momento del procedimiento recaudatorio, de oficio o a instancia de persona interesada, los errores materiales o de hecho y los aritméticos contenidos en sus actos»<sup>118</sup>.

El concepto de «prescripción» manejado por este reglamento general recaudatorio resulta peculiar, pues afirma que «la prescripción se declarará de oficio, sin necesidad de que la invoque o excepcione el responsable de pago, en cualquier momento del procedimiento recaudatorio»<sup>119</sup>.

**§6.** Al igual que existe colaboración en la gestión de prestaciones, los reglamentos de desarrollo de la LGSS también regulan con bastante detalle la colaboración en la gestión instrumental, y especialmente, en la gestión recaudatoria, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva. Así, por ejemplo, resulta esencial la colaboración de los empresarios, actuando en período voluntario como liquidadores de sus deudas —y de las de sus trabajadores— por cotizaciones sociales, en cuanto que sujetos obligados al pago de las mismas<sup>120</sup>. También resulta esencial la colaboración de las entidades financieras (bancos, cajas de ahorros, etc.), debiendo tenerse en cuenta: 1) que «los ingresos de las cuotas de la Seguridad Social, así como de las demás cuotas de recaudación conjunta con aquéllas y, en su caso, de los recargos e intereses sobre unas y otras, se realizarán por los obligados al pago, a su elección, en cualquiera de las oficinas de las entidades financieras, agrupaciones o asociaciones de las mismas, autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para actuar como *colaboradores de la gestión recaudatoria* de la Seguridad Social»<sup>121</sup>; y 2) que «los pagos de obligaciones por la Tesorería General de la Seguridad Social se realizarán ordinariamente por medio de transferencias con cargo a los saldos disponibles en las cuentas únicas centralizadas en cada *entidad financiera colaboradora* y con abono en la entidad y cuenta elegida por el perceptor»<sup>122</sup>. En fin, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social también colabora en la materia<sup>123</sup>,

<sup>117</sup> Artículo 47.2.

<sup>118</sup> Artículo 47.4.

<sup>119</sup> Artículo 42.4.

<sup>120</sup> Véase *supra*, Tema 3, §5.

<sup>121</sup> Artículo 3.1 del reglamento general de gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1391/1995.

<sup>122</sup> Artículo 11.1.a) del reglamento general aprobado por Real Decreto 1391/1995. Téngase en cuenta, según esta misma norma reglamentaria, que «los pagos de prestaciones en ningún caso generarán gasto alguno para el beneficiario, al que se le garantiza el principio de libre elección tanto del medio de pago... como, en su caso, de la entidad pagadora entre las figuradas en el Registro [de entidades financieras colaboradoras de la TGSS]» (artículo 15, párrafo 3°).

<sup>123</sup> Véase I. DURÉNDEZ SÁEZ, «Artículos 78 y 79», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2003), págs. 370 ss.

dando cumplimiento a la exigencia reglamentaria de que «asimismo, en orden a una mayor eficacia, la Tesorería General y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social coordinarán sus actuaciones en materia de Seguridad Social y las desarrollarán en régimen de *colaboración mutua*»<sup>124</sup>. Al respecto, resulta crucial el levantamiento por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las legalmente denominadas «actas de liquidación de cuotas» —reguladas, entre otras varias normas, también en la LGSS, a propósito de la recaudación en período voluntario<sup>125</sup>—, a extenderse en las deudas por cuotas originadas, entre otros supuestos, por «falta de afiliación o de alta de trabajadores» o por «diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados»<sup>126</sup>, y que preceden al inicio de la recaudación en vía ejecutiva (o procedimiento de apremio), pues «transcurrido el plazo de reglamentario de ingreso y una vez adquieran firmeza en vía administrativa la reclamación de deuda o el acta de liquidación en los casos en que éstas procedan, sin que se haya satisfecho la deuda, se iniciará [por la TGSS] el procedimiento de apremio mediante la emisión de providencia de apremio, en la que se identificará la deuda pendiente de pago con el recargo correspondiente»<sup>127</sup>.

Según la LGSS, «la providencia de apremio, emitida por el órgano competente, constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los sujetos obligados al pago de la deuda»<sup>128</sup>, afirmándose respecto de su notificación que en ella «se advertirá al sujeto responsable de que si la deuda exigida no se ingresa dentro de los 15 días siguientes a su recepción o publicación serán exigibles los intereses de demora devengados y se procederá al embargo de sus bienes»<sup>129</sup>. Tanto la recaudación en período voluntario como el procedimiento de apremio aparecen prolijamente regulados en los artículos 18 a 37 de la propia LGSS —desarrollados por el citado reglamento general de recaudación, aprobado

<sup>124</sup> Disposición adicional 2ª del Real Decreto 1314/1984.

<sup>125</sup> Artículo 31. Véanse, además, los artículos 29 a 36 del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998.

<sup>126</sup> Cfr. artículo 31.1 de la LGSS. Distintas de las «actas de liquidación de cuotas» son las denominadas «propuestas de liquidación», afirmándose reglamentariamente que «procederá propuesta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuando la Inspección compruebe la falta total de cotización respecto de trabajadores dados de alta, y no se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores en alta no figurados en tales documentos aunque éstos se presenten dentro de dicho plazo» (artículo 30.1 del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998).

<sup>127</sup> Cfr. artículo 34.1 de la LGSS.

<sup>128</sup> Artículo 34.2, párrafo 1º.

<sup>129</sup> Artículo 34.2, párrafo 2º.

por Real Decreto 1415/2004<sup>130</sup>—, que son preceptos que padecen modificaciones continuas, usualmente tendentes a la «aproximación de la regulación recaudatoria de la Seguridad Social a la que rige en el ámbito tributario»<sup>131</sup>.

Las Mutuas, además de ingresando los capitales coste de pensiones por incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo previamente calculados por la TGSS<sup>132</sup> (y recaudados por ella misma)<sup>133</sup>, también colaboran con esta última en la gestión instrumental, efectuando la «tarifación correspondiente al trabajo o trabajos realizados por el empresario asignándole el epígrafe que proceda»<sup>134</sup>.

En fin, en cuanto al ISM —ente no meramente gestor de prestaciones—, reglamentariamente se afirma que «seguirá colaborando con la Tesorería General de la Seguridad Social en la función recaudatoria, con especial referencia al control de las cotizaciones a efectos del despacho de buques», extendiéndose «asimismo esta colaboración... a la tramitación de la inscripción de Empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores»<sup>135</sup>.

**§7.** La gestión de la Seguridad Social —aun facilitada hoy por la utilización de sistemas informáticos específicos de gestión («RED»<sup>136</sup>, «Delt@»<sup>137</sup>, «Certific@2»<sup>138</sup>, etc.)— sigue resultando todavía extraordinariamente compleja, especialmente en materia de gestión de prestaciones. Se trata de complicaciones provocadas en buena medida por la descrita dispersión orgánica, pues no se comprende bien que tengan que seguir coexistiendo —en el plano estatal— hasta cinco entidades gestoras distintas (esto es, el INSS, el Servicio Público de Empleo Estatal, el ISM, el IMSERSO y el INGESA), si una sola entidad (esto es, la TGSS) viene a centralizar prácticamente todo lo relativo a la igualmente compleja gestión instrumental<sup>139</sup>. Se explica, por ello, que el «Acuerdo para la mejora y el

<sup>130</sup> Esta última norma también regula el «procedimiento de deducción a entidades públicas», dada la imposibilidad de aplicarles a dicha clase de entidades el de apremio (cfr. sus artículos 39 a 41).

<sup>131</sup> Así lo afirma la exposición de motivos de la citada Ley 52/2003. Sobre el tema, véase M.J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, *Procedimiento de apremio en materia de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2001), págs. 15 ss.

<sup>132</sup> Véase *supra*, §3.

<sup>133</sup> Al respecto, véase artículo 69.1 del reglamento general de recaudación, aprobado por Real Decreto 1415/2004, según el cual «la Tesorería General de la Seguridad Social recaudará de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», entre otros conceptos, «el importe del valor actual del capital coste de las pensiones de que hayan sido declaradas responsables» y «los intereses de capitalización».

<sup>134</sup> Véase *supra*, Tema 3, §2 *in fine*.

<sup>135</sup> Cfr. disposición adicional 1ª del Real Decreto 1314/1984. Sobre el tema, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 485-488.

<sup>136</sup> Véase *supra*, Tema 3, §9.

<sup>137</sup> Véase *supra*, Tema 4, §4 *in fine*.

<sup>138</sup> Véase *supra*, Tema 10, §4.

<sup>139</sup> Téngase en cuenta —según el artículo 227 de la LGSS— que «corresponde a la entidad gestora competente [de las prestaciones por desempleo, esto es, al Servicio Público de Empleo Estatal], tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores» (apartado 1), aunque «a tal efecto, la entidad gestora podrá concertar los servicios que considere convenientes con la Tesorería General de la Seguridad Social o con cualquiera de las Administraciones Públicas» (apartado 2).

desarrollo del sistema de protección social», suscrito el 9 abril 2001 por el Gobierno de la Nación, por CEOE y CEPYME, del lado patronal, y por CCOO, del lado sindical<sup>140</sup>, previese la creación de una nueva «A g e n c i a de la Seguridad Social»<sup>141</sup>, con el propósito de que «la gestión y administración de la seguridad social se lleve a cabo con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social, además de descentralización funcional»<sup>142</sup>. A pesar de su flagrante incumplimiento por parte del Gobierno —según el propio acuerdo, «el Gobierno se compromete, previa consulta con las organizaciones sociales, en el plazo máximo de un año [a contar desde el 9 abril 2001], a remitir a las Cortes Generales el proyecto de ley de creación [de dicha Agencia]»<sup>143</sup>—, lo cierto es que con este pacto social quedó plenamente certificada la necesidad de replantear de otro modo la gestión de nuestra Seguridad Social, especialmente en materia de gestión de prestaciones<sup>144</sup>. Pasada estérilmente la oportunidad que supuso la promulgación de la Ley 28/2006, de 18 julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos —que no menciona por ningún lado el servicio público de seguridad social—, quizá debería aprovecharse el intento de elaborar una nueva Ley general de Seguridad Social, al parecer en curso<sup>145</sup>, para materializar el cumplimiento del compromiso gubernamental de 2001 sobre creación de dicha Agencia única, que acaba de mencionarse<sup>146</sup>.

Como se sabe, la Ley 39/1992, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, incoó la supresión de las actividades de gestión de prestaciones y subsidios de desempleo por parte del INEM (hoy Servicio Público de Empleo Estatal), al afirmar que «la gestión de la política de empleo continuará correspondiendo al Instituto Nacional de Empleo, con exclusión de las prestaciones por desempleo, que serán gestionadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social»<sup>147</sup>, aunque estas previsiones —que deberían

---

<sup>140</sup> Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Orientaciones del “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social” de abril de 2001», en J. GÁRATE CASTRO (Editor), *Estudios jurídicos sobre la reforma de la Seguridad Social*, Ed. Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), págs. 7 ss.

<sup>141</sup> Cfr. su apartado IX. Al respecto, D.A. SÁNCHEZ NAVARRO, *La gestión de la Seguridad Social en España*, cit., págs. 347 ss.

<sup>142</sup> Apartado IX, párrafo 2º.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> Véase J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, 11ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), pág. 131.

<sup>145</sup> Véase *supra*, Tema 1, §5.

<sup>146</sup> Sobre la financiación, en cuanto que condicionante de la simplificación de la gestión, véase M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, 6ª ed., Tecnos (Madrid, 2004), págs. 42.

<sup>147</sup> Disposición adicional 18ª, párrafo 1º.

«surtir efectos durante el ejercicio presupuestario de 1993, a partir de la fecha y en los términos y condiciones que se fijen por el Gobierno»<sup>148</sup>— resultasen luego incumplidas.

La Orden Ministerial de 22 febrero 1996, de desarrollo del reglamento general de gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1391/1995, refleja las tensiones existentes entre el Servicio Público de Empleo Estatal —en cuanto que entidad directamente pagadora de las prestaciones y subsidios por desempleo— y la TGSS, con la resulta de que «el pago material de estas prestaciones y subsidios a los beneficiarios de las mismas se efectuará entre los días 10 y 15 de cada mes, ambos inclusive, prorrogándose el período de pago cuando el mismo no comprenda cuatro días hábiles y hasta completar éstos»<sup>149</sup>.

Doctrinalmente se viene denunciando —con razón—, en relación con el pago directo por el INSS de los subsidios de maternidad, que se trata de una «decisión quizás simbólica, pero errónea y costosa»<sup>150</sup>. Este pago directo provoca incluso la necesidad de tener que efectuar rocambolescas «encomiendas de gestión» —al efecto del pago del subsidio de maternidad a desempleadas— en favor del Servicio Público de Empleo Estatal<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, párrafo 2°.

<sup>149</sup> Artículo 27.1.1.2.

<sup>150</sup> Véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), pág. 456.

<sup>151</sup> Cfr. artículo 11.2, párrafo 2°, del citado Real Decreto 1251/2001, de 16 noviembre.

---

**TEMA 15**

**LAS RESPONSABILIDADES EN ORDEN  
A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El principio de responsabilidad empresarial. §3. El principio de automaticidad de las prestaciones. §4. El principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social. §5. El procedimiento para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones.

§1. Desde el punto de vista del beneficiario, el tema de las responsabilidades en orden a las prestaciones de Seguridad Social resulta capital, pues permite precisar qué concreto sujeto deberá asumir el pago o cumplimiento de las mismas (y por tanto, la obligación de hacerlas efectivas), una vez materializada la contingencia o situación protegida en que dicho beneficiario se halle. A pesar de su importancia, se trata de un tema muy defectuosamente regulado en la LGSS<sup>1</sup>. En efecto, los preceptos relativos al mismo son, en principio, sus artículos 126 y 127 (rotulados «Responsabilidad en orden a las prestaciones» y «Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones», respectivamente), que remiten en diversas ocasiones a normas de carácter reglamentario<sup>2</sup>. Al igual que ocurrió durante la vigencia de nuestra segunda Ley general de Seguridad Social de 1974, estas normas reglamentarias nunca han llegado a dictarse. Y por ello, deben reputarse vigentes todavía los preceptos sobre el propio tema, mucho más concretos y detallados, contenidos en nuestra primera Ley general de Seguridad Social de 1966 —que son sus artículos 94 (sobre «Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones»), 95 (sobre «Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones»)

---

<sup>1</sup> Véase L.M. CAMPS RUIZ, «Prestaciones y responsabilidades de la Seguridad Social», en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Directores), *Seguridad Social práctica*, 2ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 544 ss.

<sup>2</sup> Cfr., sobre todo, los apartados 2 y 3, párrafo 1º, del artículo 126.



y 96 (sobre «Procedimiento para la exigencia de responsabilidad»)<sup>3</sup>—, aunque degradados al rango de normas meramente reglamentarias.

Hoy es un tópico jurisprudencial la afirmación de que la normativa al respecto de la LGSS debe ser «completada por lo dispuesto en los artículos 94 y siguientes del Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966... con el valor reglamentario que les dio la Disposición Transitoria 2 del Decreto 1645/1972, de 23 junio»<sup>4</sup>.

Acerca de lo precario de esta argumentación, alguna sentencia de suplicación se atreve a afirmar que «dicha situación de anomia... se ha salvado por la doctrina y por la jurisprudencia, aplicando con el carácter de normas reglamentarias sustitutorias de las que no se han dictado todavía, las que en los artículos 94, 95 y 96 de la LSS-1966 se habían dictado para la misma situación, sobre el argumento jurídico válido antes de 1974, pero no tanto desde entonces, de que la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1645/1972, de 23 junio, dictado para la aplicación de la Ley 24/1972, en materia de cotización dispuso la vigencia transitoria de aquellos preceptos de la LSS-1966 “en tanto se dicten las disposiciones en las que se determinen las circunstancias a que se refiere el artículo 17 de la Ley 24/1972”»<sup>5</sup>.

En cualquier caso, los artículos 126 y 127 de la LGSS no son meros preceptos olvidados o abandonados a su suerte por el legislador, vista la trascendental modificación parcial del primero de ellos operada por la Ley 24/2001, de 27 diciembre.

Todo este conjunto normativo —aplicable, en principio, a beneficiarios del Régimen General— contempla, en realidad, dos supuestos de hecho distintos. En primer lugar, el que cabe denominar supuesto fisiológico —esto es, cuando no haya habido incumplimiento ninguno de los deberes instrumentales (afiliar, dar de alta y cotizar) a cargo del empresario, y además, el beneficiario cumpla los concretos requisitos (por ejemplo, cotizaciones previas o edad) para poder causar derecho a la prestación de que se trate—, en cuyo caso la regla general, según la LGSS, es que «la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes» (artículo 126.1)<sup>6</sup>. En segundo lugar, el que cabe denominar —por contraposición— supuesto patológico, respecto del que la LGSS indica genéricamente que «el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa

<sup>3</sup> Véase G. DIÉGUEZ, *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social (Régimen General)*, EUNSA (Pamplona, 1968), págs. 13 ss.

<sup>4</sup> Por todas, STSud (Sala General) de 1 febrero 2000 (Ar. 1436), y las que cita.

<sup>5</sup> Cfr., por ejemplo, STSJ Cataluña de 12 mayo 2004 (Jur. 193635). Reconociendo la existencia de críticas a esta argumentación, véase STSud de 3 abril 2007 (Ar. 3392).

<sup>6</sup> Sobre gestión de prestaciones y colaboración en la gestión de prestaciones, véase *supra*, Tema 14, §2 y §3.

la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva» (artículo 126.2).

Acerca del alcance más amplio que debe darse al ámbito de aplicación de estos preceptos en el conjunto del sistema, téngase en cuenta que el artículo 41 de la LGSS —también rotulado «Responsabilidad en orden a las prestaciones» y aplicable, por causa de su ubicación en el Título I, a todo el sistema— afirma que «las entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas en las normas establecidas en el Título II de la presente Ley, por lo que respecta al Régimen General y a la modalidad no contributiva de las prestaciones, y en las específicas que sean aplicables en los distintos Regímenes Especiales» (apartado 1); y además, que «para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones, *en su modalidad contributiva*, a entidades o personas distintas de las determinadas en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto en la presente Ley, en sus disposiciones de desarrollo y aplicación o en las normas reguladoras de los Regímenes Especiales» (apartado 2).

Ahora bien, sólo por excepción, cabe encontrar remisiones expresas a los preceptos en cuestión del Régimen General en la normativa reguladora de los Regímenes Especiales. Tal es el caso, por ejemplo, de la del Régimen Especial del Mar, en la que se afirma lo siguiente: «Por lo que a los trabajadores por cuenta ajena se refiere, serán de aplicación a este Régimen Especial las normas sobre responsabilidad, en orden a las prestaciones incluidas en los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Ley de la Seguridad Social [obviamente, de 1966]»<sup>7</sup>.

Los artículos 126 y 127 se completan con lo dispuesto en el artículo 220 de la propia LGSS (rotulado «Automaticidad del derecho a las prestaciones»), a propósito de la protección por desempleo (regulada, recuérdese, en el Título III de la misma).

Este supuesto de hecho patológico —que es al que se le aplican los citados artículos 94, 95 y 96 de nuestra primera Ley general de Seguridad Social de 1966, al efecto de cubrir eventuales vacíos de regulación— viene dando lugar a una masa ingente de *jurisprudencia* laboral, muy frecuentemente fallada incluso en unificación de doctrina. Se trata de pleitos que acceden a la jurisdicción laboral, normalmente tras haberse agotado el procedimiento administrativo para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones (cfr. *infra*, §5). Y en los que los tribunales laborales acaban precisando qué concretos sujetos —no sólo el empresario— deberán responder de las mismas, por aplicación de los tres principios generales reguladores de esta importantísima materia, que son el principio de responsabilidad empresarial (cfr. *infra*, §2), el principio de automaticidad de las prestaciones (cfr. *infra*, §3) y el principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social (cfr. *infra*, §4).

En relación con el reparto de responsabilidades a que da lugar el juego de estos tres principios, la jurisprudencia laboral —autojustificando su papel innovador— afirma, por

<sup>7</sup> Artículo 65.2 del Decreto 1867/1970, de 9 julio.

ejemplo, lo siguiente: «En rigor, este reparto de responsabilidades no está expresamente previsto en la legislación. Pero no es menos cierto que tal falta de previsión se debe seguramente a la enorme laguna normativa existente en la materia, y a que la hipótesis de tal reparto puede entenderse implícita en las menciones del vigente artículo 126 de la LGSS, al alcance de la responsabilidad empresarial (núm. 2) y a la atenuación de la misma (núm. 3)»<sup>8</sup>.

**§2.** El principio de responsabilidad empresarial aparece genéricamente aludido en los artículos 126 y 127 de la LGSS, al referirse al «empresario responsable»<sup>9</sup>, a «cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación»<sup>10</sup> o, también, al «alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago»<sup>11</sup>. Se trata de un principio que sienta la responsabilidad «directa» del empresario, obligándole a hacerse cargo del pago de las prestaciones causadas por el beneficiario. Y que, como establece el citado artículo 126, opera en caso de «incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización» (apartado 1).

Poniendo fin a la llamada doctrina jurisprudencial de la «compensación de culpas»<sup>12</sup>, el tema se remonta a la promulgación del Decreto 93/1959, de 4 junio, a cuyo tenor: 1) «en caso de incumplimiento imputable a las empresas... de la obligación de afiliar a sus trabajadores, correrán a cargo de las mismas las prestaciones que pudieran corresponder a los productores no afiliados»<sup>13</sup>; y 2) «cuando la entidad patronal no realice el ingreso de las cuotas... en el plazo legalmente establecido, el importe de las prestaciones económicas de sus productores correspondientes al período retrasado será de cuenta exclusiva de aquélla»<sup>14</sup>.

Respecto del incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación o alta de los trabajadores, hay que tener en cuenta lo siguiente: 1) según la LGSS, que «el incumplimiento por parte de las empresas de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la Autoridad laboral en materia de *paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad e higiene* se equipará, respecto de los accidentes de trabajo 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

<sup>8</sup> Por todas, STSud de 3 julio 2002 (Ar. 9199).

<sup>9</sup> Artículo 126.3, párrafo 4º.

<sup>10</sup> Artículo 127.1, párrafo 1º.

<sup>11</sup> Artículo 126.3, párrafo 1º. Cfr., además, artículo 126.3, párrafo 3º («empresario declarado responsable de prestaciones»). Sobre el tema, C. GALA DURÁN, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1997), págs. 31 ss.

<sup>12</sup> Véase *supra*, Tema 1, §3.

<sup>13</sup> Artículo 6, párrafo 3º.

<sup>14</sup> Artículo 28, párrafo 2º.

responsabilidad o sanción a que hubiere lugar» (artículo 195); 2) también según la LGSS, que «el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los *reconocimientos médicos previos o periódicos [en puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales]* la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora» (artículo 197.2)<sup>15</sup>; y 3) que la regla del alta presunta de pleno derecho, actualmente establecida en el artículo 125.3 de la LGSS —a cuyo tenor «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones» (inciso 1º)<sup>16</sup>—, no enerva en modo alguno la responsabilidad directa del empresario por falta de alta del trabajador, puesto que el artículo 94.2.a) de la Ley general de 1966 —vigente todavía, como se dijo, en calidad de norma reglamentaria— expresamente impone que «el empresario... será responsable de las prestaciones... por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de esta responsabilidad el alta presunta de pleno Derecho del número 3 del artículo anterior»<sup>17</sup>.

Sostener lo contrario, «supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, contra lo expresamente previsto al respecto por el artículo 86.2.b) de la LGSS»<sup>18</sup>.

Por supuesto, en modo alguno cabe aceptar como tesis exculpatoria de la falta de alta el hecho de que la empresa «tenía externalizada la gestión de afiliación» en cierta «asesoría», pues la «responsabilidad empresarial... incluye... vigilar el cumplimiento por ese “servicio externo” de la obligación concertada con el mismo»<sup>19</sup>.

Supuesto fraudulento típico de falta de alta es el de trabajador precario (en el caso, «con un contrato de trabajo para obra o servicio determinado»), al que la empresa dio de baja en la Seguridad Social durante las vacaciones («por el simple hecho de que se fuera de vacaciones»), habiendo ocurrido durante el disfrute de las mismas «un accidente no

<sup>15</sup> Véase J.L. GOÑI SEIN, «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, núm. 5 (1999), págs. 49 ss.

<sup>16</sup> Según el inciso 2º de este mismo precepto, «igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral». Sobre reclamación a los eventuales terceros obligados al pago, tras el correspondiente «anticipo» de esta asistencia sanitaria, véase *supra*, Tema 12, §2 *in fine*.

<sup>17</sup> Confirmándolo, por todas, véase STSJ Extremadura de 8 marzo 2004 (Jur. 84453).

<sup>18</sup> Por todas, STSJud (Sala General) de 1 febrero 2000 (Ar. 1436).

<sup>19</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha de 20 julio 2004 (Jur. 211050).

laboral (de tráfico)» con resultado de muerte del propio trabajador, a consecuencia de la cual reclamaban sus causahabientes «pensión de viudedad y orfandad»<sup>20</sup>.

Por lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización —incumplimiento existente no sólo si el empresario no cotiza (en cuyo caso se habla de «descubierto»), sino también si no cotiza todo lo que debe (en cuyo caso se habla de «infracotización»)»<sup>21</sup>—, la jurisprudencia laboral ha desarrollado por su cuenta la indicación del artículo 126.3, párrafo 1º, de la LGSS, relativa a una eventual «atenuación» de la responsabilidad del empresario en estos casos<sup>22</sup>, mediante la aplicación de dos principios, basados ambos en la eventual relevancia prestacional o no que pudiese tener el incumplimiento en materia de cotización cometido por el empresario. Así, en relación con los accidentes de trabajo, en los que el incumplimiento carecería de toda relevancia prestacional —visto, según la LGSS, que no se exigen períodos previos de cotización para causar derecho a las prestaciones derivadas de dicha clase de riesgo<sup>23</sup>—, juega el denominado principio «de ponderación de la voluntariedad empresarial», que obliga a «distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios», de un lado, y los «incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar», del otro, para concluir que sólo en este último caso existe verdadera responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones<sup>24</sup>. En cambio, en materia de prestaciones

<sup>20</sup> Cfr. STSJ Madrid de 15 enero 2004 (Jur. 95283).

<sup>21</sup> Por supuesto, no existe incumplimiento en el caso del «aplazamiento de pago» a que se refiere el artículo 20 de la LGSS, aunque este «aplazamiento no podrá comprender las cuotas correspondientes a la aportación de los trabajadores y a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional» (apartado 2, inciso 1º). Los pormenores del tema aparecen contenidos en los artículos 31 a 36 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 junio. El artículo 37 de esta misma norma también regula las «moratorias», afirmando que «cuando concurran circunstancias excepcionales que afecten a un determinado sector de actividad o ámbito geográfico, que dificulten el cumplimiento de la obligación de cotizar, el Gobierno, por Real Decreto, podrá autorizar genéricamente a los responsables de pago afectados a realizar el ingreso de las cuotas en plazos o condiciones distintas a los previstos en este Reglamento o autorizadas en su aplicación» (párrafo 1º). Desde un punto de vista penal, véase A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, 2ª ed., Trotta (Madrid, 1997), págs. 169 ss.

<sup>22</sup> Este precepto, en su inciso final, afirma lo siguiente: «Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago».

<sup>23</sup> Recuérdesse, según el artículo 124.4 de la LGSS, que «no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario».

<sup>24</sup> Todas las afirmaciones recién citadas, en STSud (Sala General) de 1 febrero 2000 (Ar. 1436). Confirmando la responsabilidad del empresario, al apreciar incumplimiento rupturista de la obligación de cotización, véase STSud de 27 mayo 2004 (Ar. 5165), a propósito de reclamación de prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

cuya causación exija el cumplimiento de períodos previos de cotización (por ejemplo, incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común, o jubilación), juega el denominado principio «de proporcionalidad»<sup>25</sup>, teniendo en cuenta que «el alcance lógico del principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad empresarial directa del abono de las prestaciones de seguridad social comporta que en algunos casos, el empresario sea *exonerado* de la misma [si el incumplimiento, por ejemplo, careciese de toda relevancia prestacional], y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la entidad gestora [y por tanto, se trate de una *responsabilidad parcial*], cuando la entidad o duración del incumplimiento son apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves»<sup>26</sup> (por ejemplo, las infracotizaciones con repercusión sobre la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación, que obligarían al empresario a responder por la diferencia<sup>27</sup>; o los descubiertos con incidencia sobre el porcentaje aplicable a la propia base reguladora de la pensión de jubilación, respecto de los que el empresario también responde por la diferencia<sup>28</sup>; o incluso, pero ya en el límite, los descubiertos con repercusión sobre el período mínimo de cotización para causar derecho a la propia pensión de jubilación<sup>29</sup>), pues si fuesen incumplimientos particularmente graves (por ejemplo, los descubiertos coextensos con todo el período mínimo de cotización requerido), resultaría entonces obligado concluir que es *total* la responsabilidad de pago que debe soportar el empresario<sup>30</sup>.

La tesis citada de la eventual exoneración de responsabilidad arranca de una STSud (Sala General) de 8 mayo 1997 (Ar. 3970) —relativa a reclamación de subsidio de maternidad—, según la cual «a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato

<sup>25</sup> Al respecto, STSud (Sala General) de 1 febrero 2000, recién citada.

<sup>26</sup> Todas estas afirmaciones, por ejemplo, en STSud de 29 diciembre 1998 (Ar. 450 de 1999). Sobre exoneración del empresario cuyo incumplimiento fue consecuencia de un cambio jurisprudencial (relativo al encuadramiento del trabajador), entre otras muchas, véase STSud de 6 julio 2006 (Ar. 8575).

<sup>27</sup> Al respecto, véase STSud de 19 marzo 2004 (Ar. 2940).

<sup>28</sup> Al respecto, véase STSud de 18 noviembre 2005 (Ar. 10133).

<sup>29</sup> Al respecto, dando un giro radical respecto de lo tradicionalmente decidido por nuestra jurisprudencia, véase STSud de 7 abril 2004 (Ar. 2854), según la cual «partiendo del hecho no discutido de que la demandante se hallaba en situación asimilada a la de alta en el momento del hecho causante de la prestación de jubilación por ella solicitada, el hecho de que no reuniera la carencia necesaria para causar derecho a la prestación» —por «defectos de cotización por parte de la empresa»— debe resolverse aplicando la consecuencia, entre otras, de que «la empresa responde de la prestación en la proporción correspondiente a su descubierto».

<sup>30</sup> Al respecto, a propósito de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, véase STSud de 22 febrero 2007 (Ar. 2788).

de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas..., en el Derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de seguridad social y el cobro de las cotizaciones debidas se realiza por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes», debiendo repararse, además, en que «la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente»; y por ello, «para no vulnerar el principio “non bis in idem”... la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección», por lo que «el incumplimiento empresarial en materia de cotización [sin relevancia prestacional] será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad».

Reiterada jurisprudencia laboral unificada —a propósito de la pensión de jubilación— afirma, además, que «en lugar de asimilar las cotizaciones vencidas durante el tiempo en que la empresa incumplió la obligación de dar de alta al trabajador, a la falta de esta misma, se entiende que estando el beneficiario en alta al tiempo del hecho causante, las cotizaciones no realizadas con anterioridad a ella, son asimilables al supuesto contemplado en el art. 95 núm. 2 del Texto Articulado de 21 abril 1966 de “no encontrarse el empresario al corriente en el pago de las cuotas”»<sup>31</sup>.

Supuesto especial de responsabilidad empresarial —de naturaleza *subsidiaria*—, siempre en orden a las prestaciones, es el previsto en el artículo 127.1 de la LGSS, según el cual «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación..., si la correspondiente obra o servicio estuviere contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente» (párrafo 1º)<sup>32</sup>.

Por su parte, son de naturaleza *solidaria* las previstas por el artículo 127.2, párrafo 1º, de la propia LGSS, según el cual «en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión», teniendo en cuenta que «la misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo»<sup>33</sup>.

En cambio, el artículo 95.1.4ª de la Ley general de Seguridad Social de 1966 da pie para hablar de responsabilidad *mancomunada*, cuando afirma que «el empresario responsable, así como el alcance total o parcial de su responsabilidad, se determinará con arreglo a lo dispuesto

<sup>31</sup> Cfr. STSud de 19 junio 2000 (Ar. 7405), y las que cita. Acerca de la no incidencia de la prescripción de las deudas por cotizaciones sobre el reconocimiento, incluso pleno, del derecho imprescriptible a la pensión de jubilación, véanse SSTSJ Cataluña de 18 noviembre 2002 (Ar. 190 de 2003) y Galicia de 26 febrero 2003 (Ar. 2120).

<sup>32</sup> Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda». Sobre el tema, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 127-128.

<sup>33</sup> Según una STSud de 28 enero 2004 (Ar. 1835), «como lo que se reclama es el pago de un mayor porcentaje de una pensión de jubilación, por no haberse cotizado antes de la transmisión de un Colegio, es evidente que... el recurrente Ayuntamiento de Móstoles, no debe responder del pago de ese mayor porcentaje..., por tener por causa el incremento, la falta de cotización antes de la transmisión del Colegio a dicho Ayuntamiento». Al respecto, véase A. MATEOS BEATO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *La derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social*, 2ª ed., Lex Nova (Valladolid, 2004), págs. 55 ss.

en las normas reglamentarias, en el supuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios»<sup>34</sup>.

§3. El principio de automaticidad de las prestaciones presupone el principio de responsabilidad empresarial, apareciendo regulado —con la denominación «anticipo de las prestaciones» o «pago anticipado»— en el artículo 126.3 de la LGSS<sup>35</sup>. Su mecánica es bien sencilla, puesto que: 1) en caso de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, las entidades gestoras o colaboradoras en la gestión de las mismas (INSS, ISM, Servicio Público de Empleo Estatal o Mutuas) le anticipan el pago de tales prestaciones al beneficiario; 2) tras esto, dichas entidades se subrogan en los derechos y acciones que pudiese tener el beneficiario afectado contra el empresario responsable; y 3) como consecuencia de tal subrogación y al efecto de poder resarcirse, las entidades subrogadas —según la LGSS— «podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido [por el beneficiario] para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación» (artículo 126.3, párrafo 4º). Lógicamente, todo esto favorece al beneficiario no sólo porque le evita tener que pleitear contra el empresario incumplidor, sino también porque le garantiza el cobro de las prestaciones (supuesto, por ejemplo, que fuese insolvente el empresario), pues —de nuevo según la LGSS— «el indicado pago [anticipado] procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquéllas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio» (artículo 126.3, párrafo 1º, inciso 2º).

Recuérdese que este principio fue positivizado en España, por vez primera, en la Ley de 22 julio 1961, sobre el seguro nacional de desempleo<sup>36</sup>.

La Ley general de Seguridad Social de 1966, que lo regula en su artículo 95, previó que «el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y previa la dotación de los recursos financieros precisos, podrá extender... el anticipo en el pago de las prestaciones reconocidas... a la cobertura de alguna o algunas de las restantes contingencias [distintas de las mencionadas en el artículo 95] reguladas en el presente Título» (artículo 94.6).

En la LGSS, una previsión parecida aparece ligada ahora al alta presunta de pleno derecho, pues su artículo 125.4 afirma que «el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa la determinación de los recursos financieros precisos, podrá

<sup>34</sup> Acerca de la «conurrencia de la responsabilidad en orden a las prestaciones con la de carácter criminal o civil», véase E. LASAOSA IRIGOYEN, «Artículo 127», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Director), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2003), págs. 619-620.

<sup>35</sup> Véase M.J. HERNÁNDEZ PÉREZ, *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Universidad (Murcia, 1994), págs. 155 ss.; y J.A. MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1996), págs. 113 ss.

<sup>36</sup> Véase *supra*, Tema 1, §3 *in fine*.



extender la presunción de alta a que se refiere el apartado anterior a alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente título».

El principio de automaticidad de las prestaciones —cuya generalización permitiría configurar la Seguridad Social como un verdadero servicio público— no cubre, sin embargo, todos los supuestos de responsabilidad empresarial directa por incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar de alta o cotizar. En efecto, se aplica sin restricciones respecto de la totalidad de prestaciones económicas, como ya preveía el artículo 95 de la Ley general de Seguridad Social de 1966, sólo en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar, sea este incumplimiento total o parcial<sup>37</sup>. En cambio, en los casos de incumplimiento de las obligaciones de afiliar o dar de alta, siempre respecto de prestaciones económicas, sólo juega: 1) respecto de las prestaciones por desempleo, pues —según la LGSS— «la entidad gestora competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas» (artículo 220); 2) también respecto de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional —en relación con las cuales, recuérdese, se aplica (al igual que en la protección por desempleo) la regla del alta presunta de pleno derecho, del citado artículo 125.3 de la LGSS—, pero sólo si se tratase de empresas legalmente inscritas en la Seguridad Social (y que, por tanto, hubiesen optado en su día por que el INSS o una Mutua cubriesen tales prestaciones, respecto de los trabajadores que llegasen a emplear); y 3) por último, según reciente jurisprudencia laboral unificada, respecto de aquellas prestaciones económicas derivadas de riesgos comunes a las quepa acceder «desde la situación de no alta» —como en el caso de la pensión de jubilación, eso sí, supuesto que el trabajador tenga derecho a ella por cumplir los requisitos de «edad y cotización de 15 años»—, en cuyo caso y sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que corresponda, igualmente «el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Al respecto, por todas, véase STSud de 14 junio 2000 (Ar. 5116), según la cual «la automaticidad opera sin excepción respecto de los trabajadores que se encuentran en alta en el Régimen General de la Seguridad Social aunque las empresas hayan incurrido en descubiertos o infracotizaciones»; y también, STSud de 7 diciembre 2005 (Ar. 406 de 2006), relativa a que «si los trabajadores no han sido dados de alta, dichas prestaciones serán abonadas “por el empresario al trabajador, directamente y a su cargo”».

<sup>38</sup> Todas estas afirmaciones, en STSud de 17 marzo 2006 (Ar. 2118), que también considera existente la misma razón de decidir «respecto de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez». Sobre la posibilidad de acceder a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez desde la citada situación de no alta, véase *supra*, Tema 6, §4. Acerca de lo mismo, pero a propósito ahora de la pensión de jubilación, véase *supra*, Tema 7, §2.

Esto último se desprende de reiterada jurisprudencia laboral unificada, en la que se afirma que «corresponde a la Mutua el anticipo de la prestación respecto de los siniestros sufridos por los trabajadores de las empresas con las que se encuentren asociadas, sin que sirva de excusa el que el trabajador concreto no esté dado de alta», pues —según la LGSS— «la empresa asociada con una Mutua habrá de proteger en la misma entidad a la totalidad de los trabajadores correspondientes a centros de trabajo comprendidos dentro del ámbito de la Mutua», por lo que «aunque no se haya identificado ante la Mutua a un trabajador concreto que no fue dado de alta, al existir concierto de asociación con la entidad, ésta debe asumir la responsabilidad que impone el artículo 96.3 [hoy 126.3] de la Ley General de la Seguridad Social»<sup>39</sup>.

En materia de desempleo, aunque el citado artículo 220 de la LGSS hable sólo de «prestaciones de desempleo», la automaticidad también juega respecto de algunos «subsídios de desempleo», como reiteradamente viene declarando la jurisprudencia respecto del de mayores de 52 años<sup>40</sup>.

La automaticidad está sujeta, desde 2001, a límites cuantitativos, pues —según la LGSS— «el anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios» (artículo 126.3, párrafo 2º, inciso 1º).

Quizá en compensación por estas restricciones —que el legislador nunca ha podido o sabido superar—, la jurisprudencia laboral ha extendido la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones a supuestos de responsabilidad empresarial que nada tienen que ver con el incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar de alta o cotizar. En efecto, se trata de casos en los que el empresario —que estaba perfectamente al corriente en el pago de todas sus cotizaciones sociales, respecto de todos sus trabajadores— incurre en incumplimiento de su obligación de pagar (directamente o por delegación) el subsidio correspondiente al beneficiario a su servicio. En ellos, por ejemplo, se impone la obligación de anticipar el pago al INSS, respecto del subsidio por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes correspondiente a los días 4º al 15º de baja (en el que el pago por la empresa, recuérdese, es directo)<sup>41</sup>, o a la Mutua, respecto del subsidio por incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo (en el que el pago por la empresa, recuérdese también, es delegado)<sup>42</sup>, sin perjuicio de que tales entidades puedan luego repetir frente al empresario incumplidor, subrogándose en los derechos y acciones del beneficiario.

---

<sup>39</sup> Cfr. STSud de 18 mayo 1995 (Ar. 7578). Reiterándola, ante un supuesto de trabajador ni siquiera afiliado (extranjero «sin papeles»), véase STSud de 9 junio 2003 (Ar. 3936).

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, STSud de 13 febrero 2006 (Ar. 2273).

<sup>41</sup> Al respecto, véase STSud de 15 junio 1998 (Ar. 5796).

<sup>42</sup> Al respecto, STSud de 3 julio 2002 (Ar. 9198).

La jurisprudencia laboral unificada —siempre en supuestos de incumplimiento del pago de la prestación por parte del empresario— confirma asimismo el juego de la automaticidad, respecto de las Mutuas, cuando hubiesen asumido la cobertura de la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes desde el día 4º al 15º de la baja<sup>43</sup>; y respecto del INSS, en la hipótesis de autoaseguramiento de la propia contingencia de incapacidad temporal por parte del empresario<sup>44</sup>.

§4. En los supuestos no cubiertos por el principio de automaticidad de las prestaciones, es claro que al beneficiario no le queda más remedio que proceder contra el empresario incumplidor, reclamándole el pago de las prestaciones que podría haber causado, teniendo en cuenta: 1) si su reclamación resultase fructuosa, que —de conformidad con el artículo 95.1.4ª de la Ley general de Seguridad Social de 1966— la regla es que las pensiones e indemnizaciones a tanto alzado «se abonarán al trabajador o a sus derechohabientes a través de la Entidad Gestora correspondiente», a cuyo efecto «el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones»<sup>45</sup>; y 2) lógicamente, que el beneficiario pecha con el riesgo de nunca llegar a cobrarlas, si el empresario en cuestión resultase ser, por ejemplo, un sujeto insolvente. De ahí, para evitar la eventual frustración de los derechos de los beneficiarios, que en este último tipo de casos juegue un tercer principio ordenador de las responsabilidades por prestaciones, que es el principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social<sup>46</sup>. A él se refiere la LGSS, al afirmar —sobre la base de la imposibilidad de pago por parte del empresario responsable— que «los derechos y acciones [del beneficiario]... frente a las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el *responsable subsidiario* [esto es, contra la propia Administración de Seguridad Social] tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario» (artículo 126.3, párrafo 3º).

<sup>43</sup> Al respecto, STSud de 1 junio 2004 (Ar. 5385).

<sup>44</sup> Al respecto, STSud (Sala General) de 15 mayo 2001 (Ar. 5214).

<sup>45</sup> Según el artículo 126.3, párrafo 2º, inciso 2º, de la LGSS, «en todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquéllas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta Ley». Sobre el tema, más en concreto, véanse los artículos 3 y 5 de la Orden TAS/4054/2005, de 27 diciembre, desarrollando los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social.

<sup>46</sup> Acerca del mismo, lúcidamente, véase M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos (Madrid, 1991), págs. 137 ss.

Esta declaración legal, que procede de la modificación operada en el precepto en 2001, enerva la jurisprudencia laboral anterior, incluso de unificación de doctrina, relativa a que «no es necesaria la declaración de insolvencia», bastando «con la tramitación de un procedimiento de ejecución universal»<sup>47</sup>.

Este tercer principio no juega, sin embargo, en todos los casos no cubiertos por el principio de automaticidad de las prestaciones, lo que irremediamente puede llegar a provocar situaciones de completa desprotección del beneficiario. En efecto, de acuerdo con la Ley general de Seguridad Social de 1966 —vigente, recuérdese siempre, en calidad de mera norma reglamentaria—, el principio en cuestión resulta aplicable: 1) «en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables [por ejemplo, por no estar siquiera legalmente inscritos en la Seguridad Social, pues actuaban en el ámbito de la llamada “economía sumergida”]... resultaren insolventes», y para que «el trabajador y sus derechohabientes» puedan «hacer efectivos sus derechos a las prestaciones de todo orden derivadas de incapacidad laboral transitoria [hoy incapacidad temporal], invalidez [hoy incapacidad] permanente o muerte» (artículo 94.4); y 2) también respecto de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente no laboral (de nuevo, en los casos de falta de inscripción de la empresa responsable en la Seguridad Social o, incluso, también en los de prestaciones por incapacidad permanente parcial o total, supuesto que no exista alta), pues «la norma del número anterior será aplicable a las prestaciones causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral» (artículo 94.5). Siempre según dicha Ley, sólo en estos supuestos el beneficiario podrá hacer efectivos sus derechos «con cargo al oportuno Fondo de Garantía» (artículo 94.4) —que fue en su día el «Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo», extinguido en 1978<sup>48</sup> y cuyas funciones ha acabado asumiendo, en la actualidad, el INSS—, pero sin que quepa reclamar nada contra este Fondo en otros casos distintos y posibles, en los que tampoco opera el principio de automaticidad (como, por ejemplo, el de reclamación de subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, el de reclamación de subsidio de maternidad

---

<sup>47</sup> Noticiando el cambio, véase STSJ País Vasco de 14 octubre 2003 (Ar. 3606). Téngase en cuenta, según la LGSS, que «en caso de concurso, los créditos... de Seguridad Social... quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal» (artículo 22, párrafo 2º). Al respecto, al hilo del Derecho tradicional, véase J.R. MÍNGUEZ BENAVENTE, *La preferencia de los créditos de la Seguridad Social (Análisis de la concurrencia con los restantes créditos privilegiados)*, Marcial Pons (Barcelona, 1998), págs. 17 ss.

<sup>48</sup> Por la disposición final 1ª.3.3 del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

o el de reclamación de prestaciones por incapacidad permanente parcial o total derivadas de enfermedad común, supuesto siempre en todos estos casos que no existan afiliación o alta).

Jurisprudencia laboral unificada confirma la realidad de estos supuestos de posible desprotección del beneficiario, al concluir que «es cierto que, en contingencias profesionales, los descubiertos patronales gozan de “la garantía subsidiaria y final del INSS”», pero «no existiendo normas concretas semejantes respecto de las contingencias comunes..., es claro que no puede aplicarse al INSS la regla de subsidiariedad para el caso de la insolvencia patronal prevista para las profesionales»<sup>49</sup>.

Acerca del Fondo de Garantía, frente a la jurisprudencia laboral más antigua —relativa a que «el INSS y la TGSS comparten competencias que antes eran propias del citado Fondo suprimido»<sup>50</sup>—, la jurisprudencia laboral más reciente de unificación de doctrina viene confirmando que es precisamente «el INSS» quien «ha asumido en la actualidad el cumplimiento de las funciones de garantía que anteriormente correspondían al extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo»<sup>51</sup>.

Siempre en tanto que sucesor de este Fondo, el INSS responde subsidiariamente de la insolvencia del empresario, pero ahora frente a la Mutua, cuando esta última hubiese anticipado al beneficiario el pago de prestaciones respecto de las que el propio empresario resultase ser sujeto responsable directo<sup>52</sup>, aunque este otro supuesto de responsabilidad subsidiaria del INSS no juegue, a su vez, en los casos de incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal anticipado por la Mutua en cuestión<sup>53</sup>.

Este principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social también juega, teóricamente, en caso de una eventual insolvencia de las Mutuas aseguradoras de los empresarios<sup>54</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el empresario —cuya posible insolvencia no resulta ningún acontecimiento insólito—, la insolvencia de las Mutuas resulta, en cambio, radicalmente inconcebible<sup>55</sup>, aunque a la TGSS pueda interesarle alinearse en la tesis de semejante posibilidad,

<sup>49</sup> Cfr. STSud de 20 febrero 2007 (Ar. 2470).

<sup>50</sup> Por ejemplo, véase STS de 4 febrero 1991 (Ar. 797), fallada en infracción de ley.

<sup>51</sup> Cfr. STSud de 17 enero 1998 (Ar. 738).

<sup>52</sup> Al respecto, a propósito de un supuesto de anticipo por la Mutua de la prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, véase STSJ Baleares de 11 marzo 2004 (Jur. 155865).

<sup>53</sup> Al respecto, véase STSud de 3 julio 2002 (Ar. 9198), a propósito de anticipo por la Mutua de subsidio de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales; y STSud de 20 febrero 2007 (Ar. 2470), a propósito de anticipo por la Mutua de subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

<sup>54</sup> Así se desprende del tenor del artículo 94.4, inciso 1º, de la Ley general de Seguridad Social de 1966, según el cual «en los casos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables... o, en su caso, *la Mutua patronal* que hubiere asumido el riesgo, resultaren *insolventes*, el trabajador y sus derechohabientes podrán hacer efectivos sus derechos..., con cargo al oportuno Fondo de Garantía».

<sup>55</sup> Acerca de la absorción de cierta Mutua por otra mucho mayor —proceso lógicamente controlado al milímetro por el Ministerio de Trabajo—, a causa de la «actividad desordenada y caótica en los últimos años» de la Mutua absorbida, véase STS (Sala 3ª) de 18 abril 1994 (Ar. 3375).

dada la obligación legal de las propias Mutuas —construida asimismo sobre la ficción de una hipotética insolvencia suya— de tener que reasegurar parte de los riesgos que asumen, precisamente con la TGSS<sup>56</sup>. Por ello, las complejísimas situaciones de litisconsorcio pasivo necesario a que tan frecuentemente dan lugar los procesos sobre accidentes de trabajo, y que quizá los tribunales laborales siguen manteniendo todavía sólo por inercia —mediante fallos meramente declarativos<sup>57</sup>, sin caer en la cuenta de que el siglo XXI poco tiene que ver con lo que pudiese ocurrir en 1956—, deberían simplificarse más, pues en tales procesos no resulta preciso que inexcusablemente deban comparecer como demandados el INSS y la TGSS (supuesto, eso sí, que su comparecencia lo fuese sólo a título de meros responsables subsidiario y subrogado, a consecuencia de una inimaginable insolvencia de la Mutua, cuyos hipotéticos impagos quedarían en tal caso cubiertos por la responsabilidad de garantía y por la responsabilidad reasegurada del uno y de la otra, respectivamente).

En 1956, cuando se promulgó el Reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio de dicho año —Reglamento en el que se regulaban no sólo las responsabilidades del «Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo»<sup>58</sup>, heredadas por el INSS, sino también las del «Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo»<sup>59</sup>, heredadas por la TGSS—, todavía operaban con ánimo de lucro en el ramo del aseguramiento obligatorio de accidentes de trabajo compañías privadas de seguros, cuya eventual insolvencia —como la de cualquier otro empresario privado— no podía en modo alguno descartarse, resultando evidente que tales compañías de seguros de la época nada tienen que ver con las Mutuas patronales de hoy<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Estas «aportaciones» por reaseguro obligatorio vienen a ser, en realidad, una especie de tributo que las Mutuas satisfacen a la TGSS, al igual que otro tipo de «aportaciones» de las propias Mutuas, también pormenorizadamente reguladas en el citado Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004. Tal es el caso de las «aportaciones» para el «sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social», a que se refiere su artículo 67; o también, el de los capitales a que se refiere su artículo 69.2, según el cual «la Tesorería General de la Seguridad Social recaudará de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de los empresarios responsables el capital necesario para constituir una renta cierta temporal durante 25 años del 30 por 100 del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de accidente de trabajo, sin dejar familiares con derecho a pensión». Respecto del reaseguro obligatorio, véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Ciencias de la Dirección (Madrid, 1995), págs. 79 ss.; además, *supra*, Tema 14, §5.

<sup>57</sup> En realidad, como afirma J.M. BOTANA LÓPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad Social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 186-187, cabe hablar en estos casos de sentencias «parcialmente» declarativas, pues «para alguno o algunos de estos litisconsortes el fallo tendrá carácter constitutivo o de condena, mientras que para los restantes litisconsortes [INSS y TGSS] el fallo tendrá carácter meramente declarativo».

<sup>58</sup> Cfr. sus artículos 124 a 135.

<sup>59</sup> Cfr. su artículo 123.

<sup>60</sup> Acerca de la afirmación de la Ley general de Seguridad Social de 1966 (mantenida por el artículo 4.3 de la LGSS), sobre que «en ningún caso la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil», véase *supra*, Tema 1, §4.

Téngase en cuenta, además, que la «gestión de la función reaseguradora de accidentes de trabajo» es una típica actividad de «gestión instrumental» de la TGSS<sup>61</sup>, cuyo control —desde 2003— ha dejado de ser de competencia de los tribunales laborales<sup>62</sup>. Incluso resultaba evidente, ya antes de esta fecha, que la jurisprudencia laboral venía retirando progresiva y silenciosamente a la propia TGSS de los pleitos sobre prestaciones<sup>63</sup>, registrándose casos en que este mismo ente público litigaba para dejar sin efecto sus hipotéticas responsabilidades residuales en orden a las prestaciones de que se tratase<sup>64</sup>.

De ahí, en principio, que deban ser sólo tres —y no cuatro— los demandados por un beneficiario que reclama judicialmente prestaciones por accidente de trabajo: 1) el empresario, en todo caso (aunque no haya habido incumplimiento suyo de ningún tipo), dada su responsabilidad objetiva en los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores<sup>65</sup>; 2) la entidad aseguradora (normalmente una Mutua), responsable por subrogación en la responsabilidad objetiva del empresario; y 3) el INSS, al efecto de cubrir una eventual insolvencia del propio empresario (supuesto, eso sí, que este último debiese ser declarado responsable en orden a las prestaciones)<sup>66</sup>.

**§5.** En fin, en cuanto al procedimiento para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones, la LGSS se limita a indicar que «corresponderá a la Entidad Gestora competente la declaración, en vía administrativa, de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquélla o constituir el correspondiente capital coste» (artículo 126.4). Lo más frecuente es que estas declaraciones se hagan con ocasión de la tramitación, a instancia del beneficiario, de procedimientos administrativos para la declaración del derecho a las prestaciones que cree haber causado, aunque también cabe

<sup>61</sup> Al respecto, véase *supra*, Tema 14, §3.

<sup>62</sup> Sobre ello, véase *supra*, Tema 14, §5.

<sup>63</sup> Lo confiesa, sin prejuicios, una Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid de 23 diciembre 2002 (Ar. 809 de 2003)

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, una STSJ Aragón de 13 octubre 2004 (Jur. 23874 de 2005), en la que se afirma literalmente lo siguiente: «El recurso [de la TGSS] debe ser estimado, por su misma fundamentación; la pretensión sustantiva de la demanda, estimada en la sentencia, no es otra que la regulada en el art. 177.2 de la LGSS, derivada de accidente de trabajo. En consecuencia, una (hipotética) insolvencia de la Mutua (que ha consentido la sentencia) sólo podría acarrear la cobertura, hoy, del INSS (sucesor del histórico Fondo de Garantía de Accidentes) que también ha consentido la sentencia (incluso, por tanto, la responsabilidad subsidiaria). Por lo que en esta situación no hay base alguna para una extensión de responsabilidad subsidiaria a la Tesorería, que aquí se ha impugnado fundadamente».

<sup>65</sup> Por eso, siempre en procesos sobre accidentes de trabajo, la LPL habla con toda naturalidad del «empresario demandado» (artículo 141.1). Esta responsabilidad empresarial originaria no queda enervada por el hecho de que el empresario hubiese asegurado la misma con una Mutua o con el INSS, afirmando desde siempre la jurisprudencia laboral que «sería inadmisibles esa condena única de la aseguradora y absolución del patrono o empresa... por la evidente razón de que si se admitiera llevaría consigo ineludiblemente que hubiera necesidad de declarar igualmente, la misma irresponsabilidad de la aseguradora, al quedar su obligación sin contenido jurídico» (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Liticonsortes pasivos necesarios en procesos de Seguridad Social», *Revista de Política Social*, núm. 130 [1981], pág. 251).

<sup>66</sup> Sobre supuestos adicionales, con complicaciones explicables, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de seguridad social*, Edersa (Madrid, 2000), págs. 137 ss.

que sujetos distintos (por ejemplo, las Mutuas que hubiesen anticipado prestaciones) sean quienes insten de la entidad gestora la declaración de responsabilidad del empresario<sup>67</sup>. Por supuesto, las resoluciones administrativas sobre el tema, adoptadas por la entidad gestora competente (INSS, Servicio Público de Empleo Estatal o ISM)<sup>68</sup>, resultan —en cuanto que materia incardinable en la «gestión de prestaciones»— sólo recurribles ante los tribunales laborales.

Esto último aparece imperativa y tajantemente ordenado por el artículo 96.2 de la Ley general de Seguridad Social de 1966 (todavía vigente, recuérdese, en calidad de norma reglamentaria), al indicar que el asunto «será competencia de la Jurisdicción de Trabajo» y «su tramitación se ajustará al Texto Refundido de Procedimiento Laboral».

Con independencia de quien inste el procedimiento administrativo para la imputación de responsabilidades, el procedimiento en cuestión habrá de ser necesariamente el procedimiento administrativo común, a que se refiere la disposición adicional 25ª de la LGSS<sup>69</sup>.

En estos procedimientos administrativos, la entidad gestora de que se trate imputará las responsabilidades que procedan —según afirma el todavía vigente artículo 96.1 de la Ley general de Seguridad Social de 1966— «en resolución fundada, oído el empresario o empresarios afectados siempre que sea posible» (inciso 1º).

---

<sup>67</sup> Al respecto, véase STSJ Castilla-La Mancha de 17 enero 2003 (Ar. 83).

<sup>68</sup> Para un caso de declaración de responsabilidad empresarial por parte del antiguo INEM, véase STSJ Castilla-La Mancha de 30 julio 2004 (Jur. 243307).

<sup>69</sup> Sobre él, véase D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2001), págs. 13 ss.



---

## TEMA 16

### LA SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Fundamentación constitucional. §2. Los servicios sociales y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. §3. Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social. §4. Las mejoras voluntarias de Seguridad Social. §5. Los planes y fondos de pensiones.

§1. Evidentemente, la Seguridad Social «complementaria» se contrapone a la Seguridad Social «básica»<sup>1</sup>, hasta el punto incluso de que ambas poseen su propia fundamentación constitucional. La segunda se apoya en el inciso 1º del artículo 41 de la CE (relativo, recuérdese, a que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y *prestaciones sociales suficientes* ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo»), mientras que a la primera le sirve de base el inciso 2º del propio precepto, según el cual «la asistencia y *prestaciones complementarias* serán libres». En ella, encajan prestaciones de muy diverso tipo, pero que comparten el común denominador de que todas de algún modo traen causa de la libertad de contratación amparada por el citado inciso 2º del artículo 41 de la CE (recuérdese, «la asistencia y prestaciones complementarias serán *libres*»). Esta libertad de contratación admite muy diversos grados de intensidad, que se corresponden, a su vez, con otros tantos grados de proximidad a la Seguridad Social «básica» o Seguridad Social en sentido estricto (radicalmente caracterizada, en principio, por su imperatividad). Como se verá, esta proximidad es grande en el caso de las prestaciones consistentes en servicios sociales de la Seguridad Social (cfr. *infra*, §2) y, también, en el de las prestaciones que en su día pudieran llegar a conseguirse en virtud de la estipulación de «convenios especiales»

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, véase F. MANRIQUE LÓPEZ, «Presente y futuro de la Seguridad Social complementaria», en el vol. *Análisis de diversas cuestiones sobre los pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1997), págs. 249 ss.

con la Administración de la Seguridad Social (cfr. *infra*, §3); en cambio, es menor en el caso de las correspondientes a mejoras voluntarias de Seguridad Social (cfr. *infra*, §4), y mucho más pequeña todavía, en el de las causadas por virtud de la contratación libre de los llamados planes y fondos de pensiones (cfr. *infra*, §5).

Doctrinalmente, estos temas también suelen tratarse bajo el rótulo «Seguridad Social voluntaria», afirmándose al respecto que el artículo 41 de la CE distingue «entre un régimen público de protección social, obligatorio y mínimo o básico y, en cuanto tal, suficiente; y un régimen libre, público y/o privado y, en cuanto tal, voluntario, de ámbito universal y/o profesional de mejora de la protección mínima»<sup>2</sup>.

El artículo 3 de la LGSS impone la imperatividad —como regla— de la regulación de la Seguridad Social «básica», al declarar que «será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley»<sup>3</sup>. Desde la perspectiva de la Administración de la Seguridad Social, esta imperatividad la explicita, a su vez, el artículo 24 de la propia LGSS, según el cual «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado»<sup>4</sup>, aunque «si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores»<sup>5</sup>.

Acerca del enfoque del inciso 2º del artículo 41 de la CE desde la perspectiva de la libertad de contratación, la jurisprudencia constitucional afirma que «del artículo 41 de la Constitución deriva una necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias “libres” basadas en una lógica contractual privada»<sup>6</sup>.

**§2.** Las prestaciones consistentes en servicios sociales de la Seguridad Social —a gestionarse, en principio, por el IMSERSO— se caracterizan por no ser prestaciones económicas o dinerarias, sino prestaciones *in natura* o en especie. Por ello mismo, su contrapunto más lógico son las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, que también tienen la naturaleza de prestaciones consistentes en «cosas» o, más frecuentemente,

<sup>2</sup> Véase M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas (Madrid, 2002), págs. 603-604.

<sup>3</sup> Véase *supra*, Tema 13, §2.

<sup>4</sup> Párrafo 1º.

<sup>5</sup> Párrafo 2º. Sobre el eventual «aplazamiento de pago» de las deudas por cotizaciones del empresario con la Seguridad Social, véase *supra*, Tema 15, §2.

<sup>6</sup> STC 208/1988, de 10 noviembre. Poniendo de relieve, respecto de la Seguridad Social «básica», que «no hay posibilidad... de “contratar” el nivel o la intensidad de la protección, que depende de la norma estatal», véase A. BAYLOS GRAU, «Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 1 (1998), pág. 21.

«servicios» distintos del dinero<sup>7</sup>. El paralelismo entre ambos tipos de prestaciones se extrema, además, por causa de que en materia de servicios sociales de la Seguridad Social ha habido igualmente un proceso de transferencias desde el Estado a las diversas Comunidades Autónomas, que ha culminado —al igual que en materia de asistencia sanitaria, aunque más tardíamente—, en 2006, con la creación de un verdadero sistema estatal moderno de servicios sociales<sup>8</sup>.

La LGSS —en precepto cuya redacción se debe a la Ley 21/2001, de 27 diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía— alude genéricamente a dicho proceso, afirmando que «la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.3, primer inciso, de esta Ley, con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y *servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas*, en cuyo caso la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento»<sup>9</sup>.

En relación con el IMSERSO y a consecuencia de este proceso de transferencias, el TC llega incluso a afirmar «si tiene algún sentido que el Estado mantenga un ente de gestión en una materia —los servicios sociales— que ha sido descentralizada prácticamente por entero por la Constitución y los Estatutos de Autonomía»<sup>10</sup>.

Como es lógico, el tema de las prestaciones de Seguridad Social «complementarias» se remonta a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, cuya exposición de motivos contraponía la Seguridad Social concebida «como complemento» a la que venía a adjetivar como Seguridad Social «clásica», afirmando que «una de las preocupaciones principales de la Ley es la de potenciar al máximo, frente a las *clásicas* prestaciones económicas, el acceso de las personas comprendidas en su campo de aplicación a las de *carácter técnico*, tanto preventivas como recuperadoras, rehabilitadoras y reeducadoras»<sup>11</sup>.

Este nuevo sistema estatal aparece formalizado en la Ley 39/2006, de 14 diciembre, reguladora de la promoción de la autonomía personal y

<sup>7</sup> Confirma la utilidad de dicho término de comparación el artículo 86.2.b) de la LGSS, al afirmar que «tienen naturaleza no contributiva», entre otras, «las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social y los correspondientes a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». Sobre las prestaciones sanitarias, véase *supra*, Tema 12, §3, §4 y §5.

<sup>8</sup> Acerca de este proceso —que se inició ya en 1981—, véase J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, 2ª ed., Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado (Madrid, 2000), págs. 152-154.

<sup>9</sup> Artículo 86.2, inciso 1º.

<sup>10</sup> Cfr. STC 13/1992, de 6 febrero. Sobre la estructura orgánica y funciones del IMSERSO, véase Real Decreto 1226/2005, de 13 octubre.

<sup>11</sup> Cfr. su apartado III, rubricado «Servicios sociales y asistencia social». Sobre el tema, véase L.E. DE LA VILLA GIL, «Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico», *Revista de Política Social*, núm. 61 (1964), págs. 197 ss.

atención a las personas en situación de dependencia<sup>12</sup>. Se trata de una Ley que procede a crear el denominado «Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia»<sup>13</sup> o SAAD, en el que las Comunidades Autónomas desempeñan un protagonismo estelar: 1) desde un punto de vista orgánico, porque en el «Consejo Territorial» del SAAD —que es el órgano «de cooperación [entre las diversas Administraciones públicas, incluida la estatal] para la articulación del Sistema»— «tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas»<sup>14</sup>, aunque la estatalidad queda garantizada por el dato de que «el Gobierno, oído el Consejo Territorial,... determinará el nivel mínimo de protección»<sup>15</sup>; y 2) desde el punto de vista prestacional, porque son precisamente las Comunidades Autónomas quienes se encargan de gestionar las prestaciones del SAAD<sup>16</sup>, cuyos beneficiarios tienen que encontrarse en «situación de dependencia»<sup>17</sup>, entendiéndose legalmente por tal «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 personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»<sup>18</sup>. Estas «prestaciones de dependencia» —de

<sup>12</sup> El primer comentario sistemático a la misma, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M<sup>o</sup>.N. MORENO VIDA, J.A. MALDONADO MOLINA y R.M<sup>o</sup>. GONZÁLEZ DE PATTO, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares (Granada, 2007), págs. 3 ss. Sobre el estado de la cuestión en la doctrina, antes de la promulgación de la misma, véase J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), págs. 13 ss.; J.I. GARCÍA NINET (Director) y P. RIVAS VALLEJO (Coordinadora), *La dependencia de las personas mayores y su protección desde la perspectiva sociolaboral y de Seguridad Social en Cataluña*, Universidad Central (Barcelona, 2004), págs. 13 ss.; y S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La protección social de las situaciones de dependencia», en S. GONZÁLEZ ORTEGA y M.G. QUINTERO LIMA, *Protección social de las personas dependientes*, La Ley (Madrid, 2004), págs. 9 ss.

<sup>13</sup> Éste es precisamente el rótulo de su Título I. Sobre la necesidad de la promulgación de una normativa estatal básica, coherente en materia de servicios sociales, véase B. ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas (Madrid, 1997), págs. 120 ss.

<sup>14</sup> Cfr. su artículo 8.1.

<sup>15</sup> Cfr. artículo 9.1.

<sup>16</sup> Cfr., en especial, su artículo 28. Según la propia Ley 39/2006, las prestaciones y servicios del SAAD «se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas», teniendo en cuenta que «la red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal..., así como los privados concertados debidamente acreditados» (artículo 16.1).

<sup>17</sup> Sobre los «titulares de derechos», véase su artículo 5.

<sup>18</sup> Artículo 2.2.

implantación progresiva, hasta el año 2015, y normalmente consistentes en prestaciones no dinerarias (servicio de ayuda a domicilio, atención a las necesidades del hogar, cuidados personales, residencia de personas mayores en situación de dependencia, etc.)<sup>19</sup>— se contratan por el beneficiario —previa su declaración administrativa de que se encuentra en la situación protegida— pagando precios políticos<sup>20</sup>, pues la regla general es que «los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal»<sup>21</sup>.

Siempre según la Ley 39/2006, la «situación de dependencia» consta de tres grados, que son el «Grado I» (o de «dependencia moderada»), el «Grado II» (o de «dependencia severa») y el «Grado III» (o de «gran dependencia») <sup>22</sup>. A su vez, cada uno de estos grados se clasificará «en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere»<sup>23</sup>. El «baremo» a aplicar, a tales efectos, por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas aparece fijado en el Real Decreto 504/2007, de 20 abril.

Desde un punto de vista financiero, la propia Ley 39/2006 también afirma la existencia de «niveles de protección» distintos, que asimismo son tres: 1) el citado «nivel mínimo», idéntico en todo el territorio español y financiado con cargo a los presupuestos generales del Estado; 2) el «segundo nivel de protección», a materializarse «mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas», en los que se preverán «los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones..., incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado»; y 3) un «nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma»<sup>24</sup>.

El calendario de progresiva implantación de las prestaciones del SAAD oscila entre «el primer año» (esto es, 2007), relativo a la efectividad del derecho a las prestaciones del «Grado III de Gran Dependencia, niveles 2 y 1», y el «séptimo y octavo año» (esto es, 2014 y 2015), relativos a la efectividad del derecho a las prestaciones del «Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1»<sup>25</sup>. La relativa precariedad con que nace el SAAD explica la regulación en la Ley 39/2006 de la denominada «prestación económica vinculada» —prestación, por tanto, dineraria—, cuando no resulte posible la prestación al beneficiario de alguna

<sup>19</sup> Acerca del «catálogo de servicios», véase su artículo 15.

<sup>20</sup> Acerca de la justificable utilización de la palabra «contrato» en este contexto, véase A. DE PALMA DEL TESO, «El contrato asistencial de Derecho Administrativo. Los servicios sociales de atención a la tercera edad en Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 (2000), págs. 55 ss.

<sup>21</sup> Artículo 33.1. Según la propia Ley 39/2006, «la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema..., en atención a la renta y el patrimonio del solicitante», teniendo en cuenta que «en la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta» (artículo 14.7).

<sup>22</sup> Cfr. artículo 26.1.

<sup>23</sup> Artículo 26.2. Acerca del impacto del tema sobre el complemento del 50 por 100 de la pensión de gran invalidez, véase *supra*, Tema 6, §5 *in fine*.

<sup>24</sup> Cfr. artículos 7 y 11.2. El «nivel mínimo» en cuestión ha sido regulado por Real Decreto 614/2007, de 11 mayo.

<sup>25</sup> Cfr. disposición final primera de la Ley 39/2006.

de las incluidas en el «catálogo [prioritario] de servicios»<sup>26</sup>. Lógicamente, la propia Ley 39/2006 presta atención al tema de la «formación en materia de dependencia», afirmando que «se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores que atiendan a las personas en situación de dependencia», a cuyo efecto «los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios»<sup>27</sup>.

Esta Ley 39/2006 ni liquida ni deroga la regulación por la LGSS del tema de los «servicios sociales», contenida en el Capítulo V de su Título I, artículos 53 y 54<sup>28</sup>. Ello se debe quizá a que la Ley 39/2006 no procede a desarrollar totalmente el mandato contenido en el artículo 50 de la CE, allí donde este precepto afirma —en relación con «los ciudadanos durante la tercera edad»— que «los poderes públicos... promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». De entre estos otros servicios sociales estatales todavía cubiertos por la LGSS, el más popular es el «Programa de Vacaciones» —gestionado por el IMSERSO, mediante el cobro a sus beneficiarios de precios políticos—, destinado a personas mayores y al mantenimiento del empleo fuera de temporada alta en las zonas turísticas correspondientes.

El régimen jurídico de este «Programa de Vacaciones» resulta jurídicamente muy precario —los extremos de las correspondientes «solicitudes» resultan accesibles y formalizables, vía Internet, a través de [www.seg-social.es/imsero](http://www.seg-social.es/imsero)<sup>29</sup>—, a diferencia de el régimen jurídico del «Programa de Termalismo Social» —a desarrollarse en balnearios, también gestionado por el IMSERSO e igualmente dirigido, en principio, a pensionistas—, que aparece contenido en una Orden Ministerial de 15 marzo 1989, al amparo de la cual se dictan anualmente por parte de la Dirección General del IMSERSO las correspondientes resoluciones convocando la concesión de plazas para quienes deseen participar en el mismo.

Sobre las implicaciones constitucionales de los servicios sociales conectados a la dependencia<sup>30</sup>, la exposición de motivos de la Ley 39/2006 afirma que «el propio Texto Constitucional, en sus artículos 49 y 50, se refiere a la atención a personas con discapacidad y personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos», matizando que «si en 1978 los elementos

<sup>26</sup> Cfr. artículos 14.3 y 17.

<sup>27</sup> Cfr. artículo 36. Acerca de la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, véase Real Decreto 615/2007, de 11 mayo.

<sup>28</sup> Para una crítica de estos preceptos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 1ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2005), pág. 282.

<sup>29</sup> Poniendo de relieve que también existen a nivel autonómico, e incluso local, estos mismos programas de «vacaciones tercera edad», véase J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, 2ª ed., cit., págs. 414-416.

<sup>30</sup> Sobre el marco general de estas implicaciones constitucionales, véase F. DE VICENTE PACHÉS, *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Temas del Senado (Madrid, 2003), págs. 141 ss.

fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia»<sup>31</sup>.

Al margen de los servicios sociales regulados por la LGSS y la Ley 39/2006, también existen otros dotados de normativa estatal básica, como los servicios sociales en materia de violencia de género, afirmando al respecto la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que «las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral», teniendo en cuenta que «la organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional»<sup>32</sup>.

§3. Un mayor margen para el juego de la libertad de contratación existe en el caso de los doctrinalmente denominados «convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social»<sup>33</sup>, expresamente mencionados en los artículos 125.2, 161.3 y 215.3.2, y en las disposiciones adicionales 5ª, 25ª.2 y 31ª, de la LGSS. En realidad, se trata de un contrato de seguro muy especial —estipulado normalmente por un beneficiario potencial de prestaciones, en concepto de asegurado, y por la TGSS, en concepto de asegurador—, que puede revestir tres modalidades distintas: 1) el «convenio especial *de permanencia*», a suscribirse por los trabajadores que causen baja en la Seguridad Social, sobre todo con la finalidad de poder llegar a causar en el futuro derecho a las prestaciones económicas por jubilación e incapacidad permanente o muerte y supervivencia derivadas de riesgos comunes<sup>34</sup>; 2) el «convenio especial *de complemento*», a suscribirse por trabajadores en alta (por ejemplo, contratados a tiempo parcial) o en situación asimilada a la de alta (por ejemplo, parados subsidiados o no, una vez agotada la prestación básica por desempleo), con la finalidad de completar períodos de carencia o bases de cotización, para así poder llegar a obtener asimismo

<sup>31</sup> Dicho «tercer sector» aparece definido en la propia Ley 39/2006, indicando que se trata de «organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales» (artículo 2.8).

<sup>32</sup> Cfr. artículo 19.1.

<sup>33</sup> Al respecto, la monografía fundamental es la de A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), 155 págs. En ella, se pone de relieve, por ejemplo, que la legislación francesa de Seguridad Social —a propósito siempre de este tipo de convenios— les reconoce a los trabajadores la «*faculté de s'assurer volontairement*» (págs. 7-8).

<sup>34</sup> *Ibidem*, págs. 9 ss.

en el futuro una protección de Seguridad Social más completa<sup>35</sup>; y 3) el «convenio especial *de inclusión*», así denominado «porque su finalidad específica es posibilitar la “inclusión” de ciertas categorías de personas en el campo de aplicación del sistema [por ejemplo, emigrantes, parlamentarios, empleados de organizaciones internacionales o de la Unión Europea, o deportistas de alto nivel], a pesar de estar *a priori*, en principio, excluidas de él»<sup>36</sup>. No pueden en modo alguno ser calificados como meros contratos de adhesión, pues en la generalidad de los «de permanencia» —que resultan ser los «convenios especiales» dotados de la regulación reglamentaria modelo o tipo— y, también, en alguno importante «de complemento» (como el de los trabajadores a tiempo parcial), e incluso en alguno «de inclusión», el beneficiario-suscriptor posee el derecho de elegir dentro de ciertos límites su propia base de cotización y, por tanto, las primas (del todo asimilables a verdaderas «cotizaciones») que mensualmente debe proceder a ingresar en la TGSS<sup>37</sup>.

La normativa reglamentaria reguladora de estos convenios es la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, ya varias veces enmendada desde su promulgación, caracterizada por su radical asistematicidad. En efecto, su Capítulo I contiene la «Regulación general» del tema<sup>38</sup>, mencionando hasta diez tipos distintos de posibles «suscriptores del convenio especial», mientras que su Capítulo II (sobre «Modalidades de convenio especial»)<sup>39</sup> regula separadamente hasta diecisiete de tales modalidades distintas. Como venía siendo tradicional, esta Orden continúa exigiendo —como regla—, al efecto de evitar fenómenos de compra de pensiones, «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»<sup>40</sup>.

El hecho de que esta Orden excluya, como también venía siendo tradicional, la posibilidad de cubrir la contingencia de incapacidad temporal, incluso derivada de riesgos comunes, explica que la eventual ampliación de la cobertura protectora de los trabajadores autónomos en caso de incapacidad temporal —tanto derivada de riesgos comunes como profesionales— haya seguido sus propios cauces específicos de regulación, al margen de este tipo de «convenios especiales»<sup>41</sup>. Y ello, a pesar de que la LGSS habla al respecto, por ejemplo, de que «los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos *podrán mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora* que dicho Régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,

<sup>35</sup> *Ibidem*, págs. 89 ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, págs. 4 y 124 ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, págs. 70 ss. En algún caso, sin embargo, quien abona las cuotas es el empresario, como en el supuesto de hecho a que se refiere la disposición adicional 31ª de la LGSS.

<sup>38</sup> Artículos 1 a 10.

<sup>39</sup> Artículos 11 a 27.

<sup>40</sup> Artículo 3.2, párrafo 1º.

<sup>41</sup> Véase *supra*, Tema 9, §5.



siempre que los interesados, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por incapacidad temporal»<sup>42</sup>.

Dado que estos «convenios especiales» se incardinan en la llamada «gestión instrumental» de la Seguridad Social, a cargo de la TGSS, los pleitos relativos a su suscripción han dejado de ser de competencia de los tribunales laborales, desde la entrada en vigor de la Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social<sup>43</sup>.

§4. Mucho más alejadas de la Seguridad Social «básica» se encuentran las que la LGSS denomina «mejoras voluntarias» de Seguridad Social —que procede a regular, en cualquier caso, en sus artículos 39 y 191 a 194<sup>44</sup>—, precisamente porque en ellas la libertad de contratación de las partes juega mucho más intensamente<sup>45</sup>. Aunque en teoría admitan varias modalidades<sup>46</sup>, la única relevante de hecho es la consistente en la mejora directa a cargo del empresario —normalmente pactada en convenio colectivo<sup>47</sup>— de ciertas prestaciones de Seguridad Social, pudiendo referirse esta mejora al pago de complementos de percepciones periódicas (como en el caso frecuentísimo, por ejemplo, de que el empresario se comprometa a completar hasta el 100 por 100 el subsidio percibido por el trabajador en situación de incapacidad temporal)<sup>48</sup>, al pago de complementos de pensiones (como, por ejemplo, la de incapacidad permanente<sup>49</sup> o, mucho más frecuentemente, la de jubilación<sup>50</sup>) o, también, al pago de indemnizaciones

<sup>42</sup> Disposición adicional 34ª.1, párrafo 1º, inciso 1º.

<sup>43</sup> Véase *supra*, Tema 14, §1. Téngase en cuenta, según la disposición adicional 25ª de la LGSS, que en los «procedimientos... iniciados a solicitud de los interesados», entre otros, sobre «los convenios especiales», la «falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo».

<sup>44</sup> El primero de estos preceptos autoriza tales mejoras respecto de las prestaciones tanto del Régimen General como de las de los Regímenes Especiales (apartado 1), mientras que los cuatro preceptos restantes conforman la sección primera del Capítulo X del Título II de la propia LGSS (rubricada «Mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general»).

<sup>45</sup> Sobre el tema, clásicos, véase A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, IGO (Sevilla, 1970), págs. 7 ss.; y M.E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)*, IEF (Madrid, 1977), págs. 31 ss.

<sup>46</sup> Al respecto, véase una vieja Orden Ministerial de 28 diciembre 1966, todavía vigente, dictada en desarrollo de la regulación del tema contenida en nuestra primera Ley general de Seguridad Social de 1966.

<sup>47</sup> Véase F. MANRIQUE LÓPEZ, «Los compromisos nacidos en convenio colectivo para con la Seguridad Social complementaria. La intervención de la Administración en la negociación colectiva», en el vol. *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2001), págs. 495 ss. Según la jurisprudencia pueden pactarse en «convenios colectivos estatutarios, extraestatutarios o acuerdos de empresa» (cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 6 marzo 2007 [Jur. 137680]).

<sup>48</sup> Lo registran, por ejemplo, SsTSJ Galicia de 19 septiembre 2000 (Ar. 2919), Canarias (Las Palmas) de 28 junio 2002 (Jur. 88742 de 2003) y Madrid de 24 mayo 2004 (Ar. 2167), entre otras muchas. Sobre el tema, con encomiable trabajo de campo, véase J.L. TORTUERO PLAZA y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Mapfre (Madrid, 1996), págs. 95 ss.

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, STSJ Castilla y León (Valladolid) de 21 marzo 2000 (Ar. 1516).

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, STSJ Murcia de 4 junio 2001 (Ar. 1441). Sobre el tema, B. VALDÉS DE LA VEGA, *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), págs. 103 ss.

a tanto alzado complementarias de las prestaciones por incapacidad permanente o muerte<sup>51</sup>, teniendo en cuenta que estas indemnizaciones complementarias suelen gestionarse mediante la contratación de las correspondientes pólizas de seguros privados<sup>52</sup>. Precisamente porque son fruto de la libertad de contratación colectiva, el régimen jurídico de todas estas «mejoras voluntarias» resulta extraordinariamente precario<sup>53</sup>, puesto que los convenios colectivos —con ocasión de su renegociación— pueden disminuir o suprimir las mejoras directas de prestaciones que previamente hubiesen creado, aun cuando ya se hubiese causado por sus beneficiarios (por ejemplo, trabajadores jubilados) el derecho al disfrute la mismas<sup>54</sup>.

Esto último lo sanciona una STSud (Sala General) de 16 julio 2003 (Ar. 7256), con voto particular de dos Magistrados pero posteriormente reiterada<sup>55</sup>, a pesar de que el artículo 192, párrafo 2º, de la LGSS afirma literalmente lo siguiente: «no obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere [esto es, las mejoras directas de prestaciones], cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el 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».

Por supuesto, también caben las «mejoras voluntarias» de Seguridad Social pactadas entre empresario y trabajador en «contrato individual»<sup>56</sup>, registrando incluso la jurisprudencia el caso de «las mejoras voluntarias pactadas en su día colectivamente y de las *sobremejoras acordadas individualmente*, que no se pueden entender sin las anteriores»<sup>57</sup>.

A pesar de toda la libertad de contratación aquí existente, la proximidad con la Seguridad Social «básica», aunque se trate de una proximidad sólo relativa<sup>58</sup>, la revela el

<sup>51</sup> Al respecto, STSJ Andalucía (Sevilla) de 13 junio 2002 (Ar. 3894), calificando como verdadera mejora voluntaria de Seguridad Social, con todas sus consecuencias, la contenida en cierta cláusula de un convenio colectivo, estableciendo «un seguro de accidentes para todos los trabajadores que cubría la siguiente contingencia: invalidez total o absoluta derivada de accidente y por cuantía de 5.000.000 de pts.».

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, STSJ País Vasco de 13 marzo 2001 (Ar. 158). Sobre «el contrato de seguro para la cobertura de mejoras voluntarias», véase J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), págs. 177 ss. Además, al hilo de jurisprudencia constitucional, M.I. RAMOS QUINTANA, «Algunos conflictos derivados de la confluencia del Derecho de la Seguridad Social y la ordenación jurídica del seguro privado en el ámbito de la Seguridad Social complementaria», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XVIII, Civitas (Madrid, 2001), págs. 266 ss.

<sup>53</sup> Véase F. VALDÉS DAL-RE, «Negociación colectiva concesiva y mejoras voluntarias de Seguridad Social. Notas de un debate», en B. GONZALO GONZÁLEZ y M. NOGUEIRA GUASTAVINO (Directores y Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa (Madrid, 2000), págs. 599 ss.

<sup>54</sup> Sobre el tema, véase C. GALA DURÁN, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Bosch (Barcelona, 1999), págs. 237 ss.

<sup>55</sup> Cfr. STSud de 18 julio 2003 (Ar. 7299).

<sup>56</sup> Al respecto, STSJ Castilla y León (Valladolid) de 13 junio 2000 (Ar. 3032).

<sup>57</sup> Al respecto, STSJ Madrid de 18 noviembre 1999 (Ar. 342 de 2000).

<sup>58</sup> Según jurisprudencia laboral hoy incontrovertida, téngase en cuenta que la Administración de la Seguridad Social no responde subsidiariamente del pago de mejoras directas al beneficiario (en esto, inasimilables a las verdaderas «prestaciones»), en los casos de insolvencia o desaparición del empresario responsable (cfr. SsTSud de 13 febrero 1997 [Ar. 1263] y 8 abril 1997 [Ar. 3052]). Acerca del principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de la Seguridad Social, véase *supra*, Tema 15, §4.

dato de que el plazo de prescripción aplicable a la acción para exigir ante los tribunales laborales el reconocimiento del derecho a las «mejoras voluntarias» en cuestión no sea el de un año del artículo 59 del ET, sino el de cinco años del artículo 43.1 de la LGSS<sup>59</sup>.

§5. Mucho más lejanos todavía de la Seguridad Social «básica» se encuentran los denominados planes y fondos de pensiones, hasta el punto incluso —a pesar de poseer regulación específica desde 1987<sup>60</sup>— de que la LGSS ni siquiera se refiere expresamente a los mismos<sup>61</sup>. Aparecen actualmente regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones<sup>62</sup>. Esta norma contempla diversas modalidades de los planes en cuestión, aunque la única laboralmente relevante sea sólo la relativa a los planes de pensiones del denominado «sistema de empleo», esto es, aquellos «cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos»<sup>63</sup>. A pesar de denominarse «de pensiones», estos planes permiten causar el derecho a «percibir *rentas o capitales* por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez»<sup>64</sup>, afirmándose legalmente que estas «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

<sup>59</sup> Véase *supra*, Tema 14, §4.

<sup>60</sup> Cfr. la Ley 8/1987, de 8 junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

<sup>61</sup> No parece hoy en día que puedan competir ventajosamente con ellos las legalmente denominadas «Mutualidades de Previsión Social» —expresamente aludidas, junto a las Fundaciones Laborales y otros entes, por el artículo 193.1 de la LGSS—, cuya regulación está sustancialmente contenida en los artículos 64 a 68 del Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre. De acuerdo con esta norma, «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, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras» (artículo 64.1, párrafo 1º), teniendo en cuenta que «cuando en una mutualidad de previsión social todos sus mutualistas sean empleados, sus socios protectores o promotores sean las empresas, instituciones o empresarios individuales en las cuales presten sus servicios y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos, se entenderá que la mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial» (*ibidem*, párrafo 3º); y además, en principio, que sus «prestaciones» requieren haber sido «autorizadas específicamente por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones» [artículo 64.2.a)]. Sobre el tema, véase J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y R. QUESADA SEGURA, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos (Madrid, 2005), págs. 496-497; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Las mutualidades voluntarias de previsión social y sus conexiones con el sistema de seguridad social*, Universidad (León, 2004), págs. 25 ss.; y del mismo autor, *Los Antecedentes Histórico-Jurídicos de las Mutualidades de Previsión Social*, Universidad (León, 2005), págs. 19 ss.

<sup>62</sup> Esclarecedor, véase J.L. MONEREO PÉREZ, «El marco de referencia: los planes de pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social», en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA (Directores), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Comares (Granada, 2003), págs. 1 ss.

<sup>63</sup> Cfr. artículo 4.1.a) del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

<sup>64</sup> Cfr. artículo 1.1 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

aquéllas»<sup>65</sup>. Frente a las mejoras voluntarias de Seguridad Social, estos planes se financian exclusivamente con fondos «externos» a la empresa —nutridos con las aportaciones del empresario<sup>66</sup>, con los resultados de las inversiones especulativas que puedan haber realizado los gestores del propio fondo<sup>67</sup> y, en su caso, también con aportaciones de los trabajadores<sup>68</sup>—, afirmándose incluso que «la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponderá a los partícipes y beneficiarios»<sup>69</sup>. Esto constituye desde luego una garantía importante, sobre todo teniendo en cuenta que «el patrimonio de los fondos no responderá por las deudas de las entidades promotora [esto es, la empresa], gestora [normalmente, una compañía de seguros] y depositaria [normalmente, un banco]»<sup>70</sup>. No los blindará del todo, sin embargo, frente a eventuales reformas futuras de las especificaciones rectoras del concreto plan —en perjuicio, por ejemplo, de beneficiarios jubilados—, pues «en los planes de pensiones del sistema de empleo las especificaciones podrán prever que la *modificación* del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos... pueda ser acordada... *mediante acuerdo colectivo* entre la empresa y la representación de los trabajadores»<sup>71</sup>.

El Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 1/2002 ha sido reglamentado por un complejísimo reglamento aprobado, a su vez, por Real Decreto

<sup>65</sup> Cfr. artículo 1.2, párrafo 1º, del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

<sup>66</sup> Por supuesto, «las Administraciones públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas podrán promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos», en cuyo caso «las prestaciones abonadas... no tendrán la consideración de pensiones públicas ni se computarán a efectos de limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones públicas» (cfr. disposición final 2ª del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002).

<sup>67</sup> Respecto de las «inversiones de los fondos de pensiones», véase el prolijo artículo 16 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

<sup>68</sup> Respecto de estos últimos, téngase en cuenta que los «partícipes» son «las personas físicas en cuyo interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones» [artículo 3.1.b) del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002].

<sup>69</sup> Artículo 8.4 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002. Acerca de la «prohibición de fondos internos», véase R. AGUILERA IZQUIERDO, *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 32 ss.

<sup>70</sup> Artículo 12.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002.

<sup>71</sup> Artículo 6.3, párrafo 2º, del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002. Sobre el tema, véase J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares (Granada, 2004), págs. 2 ss. Con su crítica, desde la perspectiva de los derechos adquiridos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Un análisis comparado de la protección de los derechos adquiridos, en materia de seguridad social complementaria, en los ordenamientos jurídicos de España, de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea», en A.J. MOREIRA, *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*, Almedina (Coimbra, 2007), págs. 523 ss.

304/2004, de 20 febrero, que deja íntegramente vigente alguna otra norma reglamentaria sobre el tema, anterior a su promulgación<sup>72</sup>.

Excluyendo la competencia de los tribunales laborales para conocer de los litigios sobre planes de empleo personales (esto es, los de «sistema asociado» y los de «sistema individual»)<sup>73</sup>, la LPL afirma que «los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan», entre otras materias, «en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo» [artículo 2.c)]<sup>74</sup>.

La LISOS confirma la lejanía de toda esta temática respecto de la regulada por la LGSS, al considerar infracción administrativa «muy grave» —pero no en materia de Seguridad Social, sino en materia de relaciones laborales— «el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones con el personal de la empresa en los términos establecidos en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones» (artículo 8.15)<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Es el caso del Real Decreto 1588/1999, de 15 octubre, aprobando el reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

<sup>73</sup> Según el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, el primero corresponde a «planes cuyo promotor o promotores sean cualesquiera asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados» [artículo 4.1.b)]; y el segundo, a «planes cuyo promotor son una o varias entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas» [artículo 4.1.c)].

<sup>74</sup> Véase A. MARTÍN VALVERDE, «Jurisprudencia social sobre planes y fondos de pensiones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XIV (2003), págs. 11 ss.

<sup>75</sup> Véase A.L. DE VAL TENA, *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 47 ss.

---

## TEMA 17

### LA SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Los emigrantes retornados con cotizaciones en el extranjero. §2. La solicitud de prestaciones contributivas españolas por emigrantes retornados con cotizaciones en España y en el extranjero. §3. La totalización de las cotizaciones en España y en el extranjero. §4. El cálculo de la base reguladora cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero. §5. El pago prorrateado de las prestaciones cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero. §6. La compatibilidad entre las prestaciones españolas prorrateadas y las prestaciones extranjeras de la misma naturaleza previamente causadas. §7. La colaboración instrumental entre las Administraciones de Seguridad Social española y extranjeras.

§1. La legislación española de Seguridad Social se caracteriza por ser un conjunto normativo rigurosamente territorial. Y ello, no sólo porque presupone que los beneficiarios del sistema residen en nuestro territorio<sup>1</sup>, sino también porque sólo toma en consideración supuestos de hecho ocurridos precisamente en España. De ahí, en relación con los emigrantes —esto es, en su variante más típica, los españoles obligados a irse al extranjero a trabajar, por no haber podido encontrar colocación adecuada en España<sup>2</sup>—, que esta territorialidad obligue a prescindir de su actividad laboral realizada fuera de nuestro país (y también, de las consecuencias de Seguridad Social ligadas a dicha actividad, como las cotizaciones), por causa de no haber tenido lugar en territorio español<sup>3</sup>.

La territorialidad de nuestra legislación de Seguridad Social ha sido sancionada por la jurisprudencia laboral, con toda firmeza, a propósito del trabajo desarrollado por marineros españoles en buques no abanderados en España (trabajo desarrollado, por tanto, en territorio extranjero)<sup>4</sup>. En este sentido, el pacto individual estipulado entre naviero y marinero español,

---

<sup>1</sup> Véase *supra*, Tema 2, §3.

<sup>2</sup> Sobre el tema, clásico, véase J.M. GALIANA MORENO, *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, Ministerio de Trabajo (Madrid, 1975), págs. 13 y ss.

<sup>3</sup> Acerca del convenio especial «de inclusión» de emigrantes, en cuanto que ligado a la lógica de dicha territorialidad, véase A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 124 y ss.

<sup>4</sup> Véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108 (2001), págs. 909 y ss.

con la finalidad de incluir a este último en el campo de aplicación del Régimen Especial español de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, a pesar de prestar sus servicios en buque extranjero —pacto probablemente válido, a efectos meramente laborales (salarios, jornada, seguridad y salud, etc.), con amparo en lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980<sup>5</sup>—, es claro que resulta rigurosamente nulo en lo tocante a la Seguridad Social. Lo confirma, por ejemplo, una STSJ País Vasco de 6 mayo 1997 (Ar. 2164), según la cual carecía del derecho a prestaciones por desempleo cierto marinerero español, pues «no estaba inmerso en... [el] campo de aplicación [del Régimen Especial del Mar] al haber concertado su contrato de trabajo en Chile, con empresa de ese país y para prestar servicios en buque con bandera de la misma nacionalidad, sin que el acuerdo que alcanzó con su patrón para que se le diera de alta en la Seguridad Social del puerto de Ondárroa tenga eficacia para alterar ese régimen legal», visto que dicho «campo de aplicación está regulado con carácter imperativo (artículo 7 LGSS)», por lo que «los pactos que no lo respeten... resultan nulos de pleno derecho (artículo 1255 Código Civil) y carentes de eficacia».

Lógicamente, esto perjudica a los emigrantes, puesto que si pretendiesen volver a España, incluso para proseguir aquí su vida laboral (convirtiéndose, en consecuencia, en emigrantes *retornados*), resultaría —a efectos de poder causar prestaciones de Seguridad Social, respecto de las cuales se exigiesen períodos dilatados de cotización (como en el caso, por ejemplo, de las pensiones de jubilación)— que habría que prescindir de parte de esa vida laboral suya (eventualmente integrada, incluso, por muchos años de cotizaciones), con la más que previsible consecuencia de tener que cobrar prestaciones de cuantía muy disminuida o, también, de no poder acceder nunca a cobrar tales prestaciones requeridas de períodos previos de cotización amplios. Se trata de un problema viejo, ya detectado por nuestras fuentes hace casi un siglo y, más concretamente, en 1913. Y que nuestro legislador —obligado incluso por el tenor de la CE, según la cual «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno» (artículo 42)— pretende resolver, sin trastocar la territorialidad de la legislación española interna de Seguridad Social, apelando a fuentes jurídicas internacionales.

Acerca de la vetustez de este problema y de sus consecuencias jurídicas negativas para nuestros emigrantes retornados —sancionadas sin ambages por la jurisprudencia laboral<sup>6</sup>—,

<sup>5</sup> Cfr. BOE de 19 julio y 9 agosto 1993. Según una STSud de 29 septiembre 1998 (Ar. 8554), «las normas de derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, pasan a tener [desde 1 septiembre 1993] un carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no comprendidas en el Convenio de Roma».

<sup>6</sup> Cfr. STCT de 16 junio 1987 (Ar. 13375), constatando «la ausencia de un Tratado de reciprocidad entre España y Venezuela» y, por ello mismo, la imposibilidad de que al trabajador del caso «le fueran computadas sus cotizaciones a la Seguridad Social venezolana y le fuera variado el porcentaje en la Pensión que se le reconoció por la Seguridad Social española».

cabe recordar que el «primer Tratado de seguridad social propiamente dicho firmado por España fue el celebrado con Alemania en 1913, en forma de Convenio, sobre accidentes de tripulantes marineros en barcos de nacionalidad distinta»<sup>7</sup>.

Supliendo las insuficiencias de las fuentes jurídicas internacionales —y en conexión directa, además, con el artículo 42 de la CE—, la LGSS considera situación legal de desempleo, a los efectos de percepción de prestación complementaria por desempleo, «ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, 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»<sup>8</sup>.

En cambio, no liga bien con dicho precepto constitucional el Real Decreto 728/1993, de 14 mayo, que establece pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles residentes en el extranjero —paradójicamente encuadrable, como se vio, en el marco de la asistencia social «interna» al sistema español de Seguridad Social<sup>9</sup>—, aunque esta normativa resulte perfectamente explicable por otro tipo de razones (ligadas incluso al ejercicio del derecho de sufragio).

La LGSS contiene diversas remisiones a este tipo de fuentes en su Título I<sup>10</sup>, en su Título III<sup>11</sup> y, también, en algunas de sus disposiciones extravagantes<sup>12</sup>, que se refieren a dos tipos distintos de fuentes jurídicas internacionales: de un lado, los «convenios internacionales de Seguridad Social»<sup>13</sup>, usualmente de carácter bilateral y estipulados por España con otros Estados; y de otro lado, las muy gráficamente denominadas «normas comunitarias»<sup>14</sup>. Estas últimas son, de momento, el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 junio —que es un Reglamento de carácter sustantivo—, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; y además, el Reglamento (CEE) núm. 574/1972 del Consejo, de 21 marzo —que es un Reglamento de carácter procedimental, complementario del anterior—, por el que se establecen las modalidades de aplicación del recién citado Reglamento núm. 1408/1971<sup>15</sup>. Estas

<sup>7</sup> Véase J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, 6ª ed., Tecnos (Madrid, 1989), pág. 79.

<sup>8</sup> Artículo 215.1.1.c).

<sup>9</sup> Cfr. *supra*, Tema 11, §1.

<sup>10</sup> Cfr. artículos 7.5 y 61.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 215.1.1.c).

<sup>12</sup> Cfr. disposición adicional 1ª, párrafos 2º y 3º, y disposición adicional 33ª.

<sup>13</sup> Artículo 61.

<sup>14</sup> Disposición adicional 33ª.

<sup>15</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, «Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXII (1997), págs. 142 y ss. En el plano del Derecho comunitario originario, véase J.P. LANDA ZAPIRAIN, «Desde el sistema público de Seguridad Social hacia un modelo global de protección social tutelado públicamente», en el vol. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1999), págs. 39 y ss.



normas comunitarias operan como verdadero ideal de cobertura de nuestros emigrantes retornados que hubiesen trabajado fuera de España (y que posean, en consecuencia, cotizaciones en el extranjero)<sup>16</sup>, pues nuestros más recientes convenios bilaterales de Seguridad Social tienden a tomarlas en cuenta como modelo, al efecto de proteger más integralmente, también, a nuestros emigrantes retornados desde países distintos de los que integran la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo.

Los citados Reglamentos comunitarios permanecen vigentes de manera sólo provisional, habida cuenta la promulgación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>17</sup>, en el que se establece que «queda derogado el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento»<sup>18</sup>, aunque esta fecha de aplicación se posponga a la promulgación y entrada en vigor de su respectivo Reglamento complementario de aplicación<sup>19</sup>, que derogará en su día el citado Reglamento núm. 574/1972. Estas normas comunitarias de Seguridad Social se aplican asimismo a los tres países integrantes del Espacio Económico Europeo (esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein)<sup>20</sup>. Y lo mismo cabe afirmar respecto de Suiza, visto el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 junio 1999<sup>21</sup>.

En materia de Seguridad Social complementaria, también existe normativa de la Unión Europea, fundamentalmente representada por la Directiva 98/49/CE, del Consejo, de 29 junio, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Unión Europea<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1982), págs. 61 y ss.

<sup>17</sup> Noticiando el cambio, véase E. GARRIDO PÉREZ, *La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes españoles*, Bomarzo (Albacete, 2005), págs. 7 y ss.

<sup>18</sup> Artículo 90.1, párrafo 1º.

<sup>19</sup> Cfr. su artículo 91.

<sup>20</sup> Al respecto, véanse el Protocolo por el que se adapta el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho en Bruselas el 17 marzo 1993, y el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (especialmente, su Anexo VI), hecho en Oporto el 2 mayo 1992, ratificados por Instrumento de 26 noviembre 1993 (BOE de 25 enero 1994).

<sup>21</sup> BOE de 21 junio 2002. Téngase en cuenta, además, que la propia Unión Europea los toma como modelo, al efecto de estipular —en cuanto que sujeto de Derecho internacional— acuerdos de Seguridad Social con terceros países extraeuropeos (por ejemplo, Marruecos o Argelia), lo que plantea a veces delicados problemas de compatibilidad con los convenios bilaterales de Seguridad Social que España tiene ya estipulados con estos mismos países. En relación con ello, por ejemplo, véase la STC 130/1995, de 11 septiembre, y su comentario por J.M. GALIANA MORENO, «Prestación de desempleo de trabajador extranjero: principio de igualdad; aplicación del ordenamiento comunitario», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XIII, Civitas (Madrid, 1996), págs. 211 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esta Directiva y sobre la Directiva 2003/41/CE, de 3 junio, relativa a las actividades y supervisión de fondos de pensiones de empleo, véase A.L. DE VAL TENA, *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 39 y ss.

Comparada con estos Reglamentos de Seguridad Social de la Unión Europea, la normativa de la OIT resulta jurídicamente desfasada, no pudiéndose considerar en modo alguno ideal de cobertura para la protección de nuestros emigrantes retornados<sup>23</sup>. Al respecto, no deja de llamar la atención que la primera sentencia española significativa, sobre Derecho comunitario, sea justamente una sentencia aplicando el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971<sup>24</sup>. Más importante para los emigrantes españoles tendrá, sin duda, el convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social, suscrito el 10 noviembre 2007 en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santiago de Chile (a recordar, a causa del célebre «¿por qué no te callas?»), cuando entre en vigor.

**§2.** Nuestros tribunales laborales conocen, con relativa frecuencia, de pleitos relativos a la solicitud de prestaciones contributivas españolas por emigrantes retornados con cotizaciones en el extranjero<sup>25</sup>; prestaciones «contributivas» (subordinadas, en principio, al cumplimiento de períodos previos de cotización y financiadas, además, principalmente por la vía de las propias cotizaciones sociales) que dichos emigrantes solicitaban de la correspondiente entidad gestora española (normalmente, el INSS), creyendo tener derecho a las mismas, por haber estado afiliados y en alta (y por tanto, por haber cotizado) precisamente al sistema español de Seguridad Social, en algún momento de su vida laboral. A estas solicitudes planteadas y tramitadas en España debe aplicárseles, como es lógico, la legislación española de Seguridad Social<sup>26</sup>; en principio, con todas sus consecuencias y con todas sus exigencias (incluido el requisito general, del artículo 124.1 de la LGSS, relativo a que los solicitantes de prestaciones sean personas «afiliadas y en alta... o en situación asimilada al alta [en España], al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal

<sup>23</sup> Al respecto, véase el Convenio de la OIT núm. 157 de 1982, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, que ni siquiera ha llegado a entrar en vigor, al haber sido ratificado solamente por España, Suecia y Filipinas. Muy relevantes, en cambio, son los convenios de Seguridad Social de la propia OIT, relativos a la gente de mar y pescadores (cfr. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas [Madrid, 1999], págs. 157 y ss.). Acerca de la reducida expansividad de la normativa de la OIT en materia de desempleo, véase J.L. TORTUERO PLAZA, «Las prestaciones de desempleo y los convenios internacionales de Seguridad Social. Especial consideración del desempleo en el derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. X (1996), pág. 188.

<sup>24</sup> Se trata de una STCT de 27 septiembre 1988 (Ar. 6039). Sobre ella, véase J. MARTINEZ GIRON, «Alcance de la derogación por el derecho comunitario de los convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE», *Actualidad Laboral*, núm. 44 (1989), pág. 582.

<sup>25</sup> Véase J. LÓPEZ LÓPEZ, *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*, Civitas (Madrid, 1996), págs. 77 y ss.; desde una perspectiva comparatista, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «La jubilación impuesta por convenio colectivo del emigrante retornado con cotizaciones en el extranjero. Criterio jurisprudencial francés», *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2006), págs. 919 y ss.

<sup>26</sup> Al respecto, por todos, véase artículo 13.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, según el cual «las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro».

expresa en contrario»<sup>27</sup>. Por supuesto, este requisito general lo cumplen sin mayor problema los emigrantes que continuaron su vida laboral en nuestro país (afiliados y en alta al sistema español de Seguridad Social, y cotizando en él), una vez retornados desde el extranjero. Pero no lo cumplen, en cambio, los emigrantes que, aun habiendo trabajado y cotizado en España antes de emigrar, y habiendo trabajado y cotizado luego en el extranjero —cubiertos, cuando se produce la contingencia, por la correspondiente legislación extranjera de Seguridad Social—, retornan sin haber podido volver a trabajar y cotizar de nuevo en nuestro país<sup>28</sup>. De ahí que en estos otros casos, para obviar la aplicación de la citada exigencia interna de tener que estar afiliados y en alta o situación asimilada a la de alta, las fuentes jurídicas internacionales —a las que, por lo demás, la LGSS genéricamente remite— presuman el alta del emigrante, a efectos de una eventual solicitud suya (o de sus causahabientes, como su viuda o sus huérfanos) de prestaciones contributivas españolas, afirmando —con unas u otras palabras— que «cuando la legislación de un Estado miembro [por ejemplo, la española] subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones a una condición de seguro [por ejemplo, estar en alta] en el momento en que se produzca el hecho causante, se presumirá el cumplimiento de dicha condición en caso de aseguramiento en virtud de la legislación de otro Estado miembro [esto es, la del Estado en que el emigrante, cuando se produjo el hecho causante, estaba en alta]».

Esto último lo establece el artículo 45.5 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en relación con las prestaciones de vejez y supervivencia, aunque también resulte aplicable a las de incapacidad<sup>29</sup>. La misma norma aparece reproducida en el artículo 51.3 del nuevo Reglamento (CE) núm. 883/2004. Y en la misma línea se manifiestan numerosos convenios bilaterales modernos de Seguridad Social, como en el caso, por ejemplo, del hispano-argentino (publicado en BOE de 10 diciembre 2004)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Como se sabe, aunque este precepto se refiere al Régimen General, su tenor resulta aplicable también al conjunto de Regímenes Especiales que integran el sistema, según confirma el artículo 9.1 del Reglamento general de inscripción de empresas, y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

<sup>28</sup> Sobre la imposibilidad de que el citado convenio especial «de inclusión» de emigrantes cubra la contingencia de que se trate, si ya hubiese ocurrido el hecho causante de la misma, véase A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, cit., pág. 3.

<sup>29</sup> Cfr. su artículo 40.1, en la remisión que efectúa al capítulo III.

<sup>30</sup> Según su artículo 11.1, «si la legislación de una Parte Contratante subordina la concesión de las prestaciones reguladas en este Capítulo a la condición de que el trabajador haya estado sujeto a su legislación en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, esta condición se considerará cumplida si en dicho momento el trabajador está asegurado en virtud de la legislación de la otra Parte o, en su defecto, cuando reciba una prestación de esa Parte de la misma naturaleza o una prestación de distinta naturaleza pero causada por el propio beneficiario» (párrafo 1º); además, «el mismo principio se aplicará a los fines del reconocimiento de las pensiones de supervivencia para que, si fuera necesario, se tenga en cuenta la situación de alta, de pensionista, o de revista laboral del sujeto causante en la otra Parte» (párrafo 2º). Últimamente, véanse los convenios bilaterales de Seguridad Social estipulados con Paraguay (publicado en BOE de 2 febrero 2006) y República Dominicana (publicado en BOE de 12 junio 2006).

Recuérdese que la eventual «disposición legal expresa en contrario», a que alude el citado artículo 124.1 de la LGSS, se refiere a los artículos 138.3 (incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de riesgos comunes), 161.5 (jubilación contributiva), 174.1 (viudedad derivada de riesgos comunes) y 175.1 (orfandad derivada de riesgos comunes), todos de la propia LGSS.

Ahora bien, la imposibilidad de aplicar estas cláusulas exceptivas (que exigen, a cambio de la falta de alta, la acreditación de períodos de cotización de hasta quince años) justifica que reiterada jurisprudencia laboral venga denegando la solicitud de pensiones de viudedad —a pesar de tener el emigrante fallecido cotizaciones acreditadas en España, en algún momento de su vida laboral—, bien porque el mismo no estaba en alta cuando falleció, ni en España ni en el territorio de la otra parte contratante (Canadá, en el caso)<sup>31</sup>, bien porque no existía convenio con nuestro país que amparase la regla del alta presunta del emigrante fallecido, cuando su fallecimiento se produjo trabajando fuera de España (Panamá, en el caso)<sup>32</sup>.

**§3.** Supuesta su inclusión —real o presunta— en el campo de aplicación del sistema español de Seguridad Social, las citadas fuentes jurídicas internacionales le permiten al emigrante retornado la totalización de sus cotizaciones en España y en el extranjero, al efecto de poder cumplir los períodos previos de cotización requeridos por la legislación española y, de este modo, poder causar derecho a la concreta prestación contributiva española de que se trate<sup>33</sup>. En este sentido, por ejemplo, dichas fuentes afirman —con unas u otras palabras— que «la institución competente de un Estado miembro [por ejemplo, el INSS] cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que aplica»<sup>34</sup>. En esta fórmula, es claro que la

<sup>31</sup> Cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 17 julio 2001 (Ar. 397 de 2002).

<sup>32</sup> Cfr. SsTSud de 18 marzo 2002 (Ar. 3804) y 23 diciembre 2002 (Ar. 2472 de 2003).

<sup>33</sup> Incluido, por supuesto, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, según acabó confirmando la STJCE de 25 febrero 1999 (Ar. 32), en la que se aclara que «el período de carencia que el interesado debe haber cubierto para poder percibir un subsidio por desempleo, como el establecido para los desempleados mayores de cincuenta y dos años por la Ley General de Seguridad Social, cuyo Texto Refundido se aprobó mediante Real Decreto Legislativo núm. 1/1994, de 24 de junio, es el determinado por la legislación de este Estado miembro siempre y cuando dicho período también se considere cubierto mediante cotizaciones abonadas, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otro u otros Estados miembros». Acertando en su pronóstico, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, «El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años», *Documentación Laboral*, núm. 47 (1995), págs. 137 y ss.; además, M.I. RAMOS QUINTANA, «La protección de la jubilación de los trabajadores migrantes», en L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel (Madrid, 2007), págs. y ss.

<sup>34</sup> Artículo 18.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, a propósito de las prestaciones por enfermedad y maternidad. En sentido análogo, véanse en este mismo Reglamento sus artículos 38.1 (invalidez), 45.1 (pensiones de vejez y muerte), 64 (subsídios por defunción), 67.1 (desempleo), 72 (prestaciones familiares de trabajadores por cuenta propia), 72.bis (prestaciones familiares de trabajadores por cuenta ajena), 79.1 (prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y por huérfanos) y 10.bis.2 (prestaciones especiales de carácter no contributivo).

totalización o suma de cotizaciones, españolas y extranjeras, queda amparada por la posibilidad de tener en cuenta los «períodos de seguro» cubiertos fuera de España, puesto que respecto de estos últimos se afirma —de nuevo, más o menos estereotipadamente— que «la expresión “períodos de seguro” designa los períodos *de cotización*, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideraran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro»<sup>35</sup>.

Reproduciendo una regla clásica en las fuentes jurídicas internacionales de Seguridad Social, el Reglamento (CEE) núm. 574/1972 afirma que «a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro, se sumarán los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, en la medida en que resulte necesario computarlos para completar los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación del primer Estado miembro, para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones, *con la condición de que dichos períodos de seguro o de residencia no se superpongan*»<sup>36</sup>.

Resulta evidente el paralelismo entre este mecanismo internacional y el mecanismo interno del cómputo recíproco de cotizaciones entre Regímenes distintos de nuestro sistema de Seguridad Social. No extraña, por ello mismo, que el Real Decreto 691/1991, de 12 abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social, mencione expresamente las fuentes jurídicas internacionales de Seguridad Social, afirmando que no resulta aplicable «el cómputo recíproco de cotizaciones entre los regímenes mencionados en... [su] artículo 1 [esto es, general y especiales, o sustitutorios de los mismos, y el de clases pasivas del Estado] cuando las cotizaciones acreditadas a uno de ellos surtan efectos respecto de Convenios o Acuerdos Internacionales que fueran aplicables a los restantes regímenes»<sup>37</sup>.

En ocasiones, al emigrante español retornado le interesa no sólo la totalización de «períodos de cotización», sino también la totalización de «períodos de empleo». Es el caso claro de nuestros marineros embarcados en buques extranjeros, al efecto de que estos períodos de embarque se les computen en orden a la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación. Lo explicita el Real Decreto 2390/2004, de 30 diciembre, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, al afirmar que «el tiempo servido por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas en países con los que exista instrumento internacional de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar será tenido en cuenta a los efectos de reducción de la edad de jubilación en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, si se acreditara de forma suficiente, únicamente si la pensión de jubilación correspondiente a cargo de la Seguridad Social española se calcula totalizando los períodos asegurados en España y los acreditados a efectos de Seguridad Social en el país con el que exista instrumento internacional de Seguridad Social»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Al respecto, por todos, véase artículo 1.r) del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971.

<sup>36</sup> Artículo 15.1.a), párrafo 1º.

<sup>37</sup> Artículo 3.2.

<sup>38</sup> Artículo 5.1. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Seguridad Social internacional del mar», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII (1997), págs. 375 y ss.

§4. Supuesto que el emigrante retornado tenga cubierto —por la vía de la totalización de cotizaciones, españolas y extranjeras— el período mínimo de cotización que resulte exigible en España, con relativa frecuencia se plantea a continuación el problema de cómo efectuar el cálculo de la base reguladora de la prestación que se pretenda<sup>39</sup>. Se trata de un problema planteado, a su vez, por causa de que la legislación española exige respecto de determinadas prestaciones que la base reguladora de las mismas se calcule sobre las bases de cotización del interesado inmediatamente anteriores al hecho causante, ocurriendo frecuentemente que el emigrante retornado en cuestión carece en España de esas bases de cotización (por ejemplo, las de los quince años inmediatamente anteriores al hecho causante, requeridas para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva)<sup>40</sup>. En estos casos, descartado que puedan tenerse en cuenta como bases de cotización salarios extranjeros (eventualmente muy altos, especialmente los de países de la Europa industrializada), la regla general es que el cálculo «se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española» —eso sí, con la cláusula de salvaguardia de que luego «la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe y revalorizaciones calculados para cada año posterior para las pensiones de la misma naturaleza»—, aunque esta regla (basada, por tanto, en el «cálculo sobre las bases de cotización españolas anteriores a la emigración y [posterior] actualización de la pensión causada»)<sup>41</sup> resulte inaplicable si existiese fuente jurídica internacional que expresamente disponga otro método de cálculo más favorable para el interesado (por ejemplo, el relativo a tener en cuenta, en concepto de bases de cotización presuntas, las «bases medias» de cotización españolas correspondientes a la categoría profesional del propio interesado, inmediatamente anteriores al hecho causante).

La citada regla general aparece consignada en el Anexo VI, apartado D).4, del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, incorporado a este último —a instancia de España— por el Reglamento (CEE) núm. 1248/1992 del Consejo, de 30 abril, con la finalidad de enervar jurisprudencia laboral unificada anterior, en sentido contrario.

La excepción a esta regla general la acabó explicitando con claridad, por su parte, la STJCE de 9 octubre 1997 (Ar. 203), en la que —después de recordarse la regla general

<sup>39</sup> Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «¿Computan las cotizaciones ficticias por edad para calcular en España el importe prorrateado de una pensión comunitaria de jubilación?», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7 (2003), págs. 105 y ss.

<sup>40</sup> Véase *supra*, Tema 7, §3.

<sup>41</sup> Esta expresión se toma, por ejemplo, de una STSud de 15 noviembre 2001 (Ar. 9760).

para España, relativa a que «el cálculo de la base media de cotización se funda sólo en el importe de las cotizaciones realmente pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será debidamente revalorizada y aumentada como si los interesados hubiesen seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata»— se concluye que «no obstante, en el caso de que la aplicación de esta disposición así interpretada resulte, para los trabajadores que antes de la entrada en vigor del Reglamento en ese Estado miembro ya ejercían sus actividades asalariadas en otro Estado miembro, menos favorable que la de un Convenio anterior celebrado con este último Estado, el órgano jurisdiccional competente debe, con carácter de excepción, aplicar las reglas establecidas por el referido Convenio»<sup>42</sup>.

Frente a los convenios bilaterales de Seguridad Social más tradicionales (por ejemplo, el hispano-alemán), anclados todavía en la regla de cálculo (más favorable para el beneficiario) de las «bases medias» de cotización españolas anteriores al hecho causante<sup>43</sup>, los convenios bilaterales más recientes sientan, en cambio, la regla general citada, afirmando que «para determinar la base reguladora para el cálculo de las prestaciones... la Institución Competente tendrá en cuenta las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española»<sup>44</sup>.

**§5.** Una vez que la entidad gestora española dispone ya de todos los necesarios elementos previos de cuantificación (base reguladora, etc.), el siguiente paso que debe dar es el relativo al cálculo de la denominada «prestación teórica»<sup>45</sup>, que es la prestación que le correspondería cobrar al interesado, si hubiese desarrollado toda su vida laboral en España. Se denomina «teórica» porque no coincide en modo alguno con la prestación que luego cobrará con cargo a nuestra Seguridad Social (o prestación real o «efectiva») <sup>46</sup>, pues —según jurisprudencia laboral unificada, constante desde 1991, relativa al pago prorrateado de prestaciones causadas con amparo en fuentes jurídicas internacionales— la entidad gestora

<sup>42</sup> Recuérdese, según la STJCE de 7 febrero 1991 (Ar. 129)—fallada a propósito del asunto «Ludwig Rönfeldt contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte»—, que los artículos 48 y 51 del Tratado CEE «se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivaría... de la inaplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) núm. 1408/71... de los Convenios vigentes entre dos o más Estados miembros y que estén integrados en su Derecho nacional»; doctrina completada con la establecida por la STJCE de 9 noviembre 1995 (Ar. 198), relativa a que el mantenimiento de las ventajas anteriormente garantizadas por los Convenios bilaterales sólo favorece a los trabajadores que hubiesen ejercitado el derecho a la libre circulación, antes de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971. Sobre el tema, véase D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES (Madrid, 2004), págs. 38 y ss.

<sup>43</sup> Al respecto, por ejemplo, véanse SsTSud de 7 junio 1999 (Ar. 5203) y 15 noviembre 2001 (Ar. 9760).

<sup>44</sup> En este sentido, por ejemplo, artículo 14 del convenio hispano-argentino de Seguridad Social (BOE de 10 diciembre 2004).

<sup>45</sup> Al respecto, por todas, véase STSud de 8 marzo 1999 (Ar. 6731), que expresamente habla de «pensión teórica». Por su parte, el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 utiliza la expresión «cuantía teórica de la prestación» [cfr., por ejemplo, su artículo 46.2.a)].

<sup>46</sup> Al respecto, el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 habla de «importe efectivo» [cfr. su artículo 46.2.b)], y el Reglamento (CEE) núm. 574/1971, también de «cuantía efectiva» (cfr., por ejemplo, su artículo 43.2.c)].

española sólo se obliga a pagar al emigrante retornado el porcentaje de su «prestación teórica» que le corresponda, en proporción al tiempo («*pro rata temporis*») realmente cotizado por él en España. De ahí, por poner un ejemplo real, si una trabajadora —demandante de pensión de incapacidad permanente total— cotizó «a la Seguridad Social alemana 34 mensualidades y 30 a la española», que entonces sólo deba «responder la Seguridad Social española de la cantidad que represente el tanto por ciento que conforme a la “*pro rata temporis*” le corresponda por la cotización a ella efectuada, que en el caso de autos es el 47%»<sup>47</sup>.

La citada regla del pago prorrateado arranca de una STSud de 20 diciembre 1991 (Ar. 9274), en la que —después de rechazarse la «línea jurisprudencial que aplica el criterio de imponer a la Gestora Española el pago en su totalidad (a reserva del oportuno reintegro ulterior de la parte proporcional que no le incumba abonar en mérito a las cotizaciones realizadas al sistema de otro país) de la pensión teórica»— se concluye que «la totalización de la pensión, consecuente a la de los períodos de cotización en cada Estado, ha de determinarse con independencia o por las Entidades Gestoras de uno y otro; de suerte que las pensiones teóricas así obtenidas —que pueden ser diferentes— no suponen sino un elemento de cálculo, para determinar separadamente la que, como *real*, ha de asumir cada una en función del porcentaje que de las cotizaciones realizadas resulte». Con toda lógica, jurisprudencia laboral unificada posterior ha explicitado —en relación, por ejemplo, con emigrantes nuestros retornados desde Alemania— que «sólo le incumbe a la Seguridad Social española el abono del importe de la pensión que se le asigne por aplicación del principio “*pro rata temporis*”», de manera que «la parte de pensión que corresponde abonar, en este caso a la Seguridad Social alemana, es algo ajeno a la entidad gestora de la Seguridad Social española la que por consiguiente, no se halla en modo alguno obligada a asumir la responsabilidad del abono de tal pensión e incluso puede resultar improcedente conforme a la normativa de la Seguridad Social extranjera»<sup>48</sup>.

Como es fácil suponer, los porcentajes de prorrata que nuestra jurisprudencia laboral registra resultan de lo más variopinto; y así, por ejemplo, el 34 por 100<sup>49</sup>, el 21,95 por 100<sup>50</sup> e, incluso, el 9 por 100<sup>51</sup> o sólo el 3,3 por 100<sup>52</sup>.

Dado que la cuantía de la correspondiente pensión española prorrateada puede resultar ínfima o ridícula, la propia jurisprudencia laboral —sobre la base de tratarse de pensiones contributivas— confirma, con toda lógica, el derecho de estos pensionistas a cobrar provisionalmente complementos para mínimos<sup>53</sup>.

**§6.** El cobro exclusivo de prestaciones meramente prorrateadas no es, sin embargo, la única alternativa a disposición de nuestros emigrantes, una

<sup>47</sup> Cfr. STSud de 14 febrero 1992 (Ar. 1375).

<sup>48</sup> En este sentido, por todas, véase STSud de 13 octubre 1993 (Ar. 7594).

<sup>49</sup> Cfr. STSud de 16 mayo 2002 (Ar. 7899).

<sup>50</sup> Cfr. STSud de 8 marzo 1999 (Ar. 6731).

<sup>51</sup> Cfr. STSud de 7 junio 1999 (Ar. 5205).

<sup>52</sup> Cfr. STSud de 7 diciembre 1999 (Ar. 9693).

<sup>53</sup> A este respecto, resolviendo un caso ciertamente curioso, véase STSud de 13 junio 2000 (Ar. 7170). Sobre el régimen de estos complementos, véase *supra*, Tema 11, §5.



vez que han tomado la decisión de retornar a España. En efecto, según las fuentes jurídicas internacionales a las que genéricamente remite la LGSS —y señaladamente, según las normas comunitarias—, cabe también: 1) antes de retornar a España, que el emigrante solicite en el país donde trabaja la denominada prestación «nacional»<sup>54</sup>, que es la prestación de Seguridad Social que tendría derecho a cobrar allí —supuesto que reúna los requisitos para causarla—, sin necesidad de recurrir a la técnica de la totalización de cotizaciones; y 2) una vez retornado a España, que el emigrante solicite aquí la correspondiente prestación española prorrateada —apelando a la técnica de totalización de cotizaciones, al efecto de aprovechar sus cotizaciones españolas (que marcarán cuál será el prorrateo) todavía no utilizadas—, dada la indiscutible compatibilidad que existe entre las prestaciones españolas prorrateadas y las extranjeras de la misma naturaleza (o prestaciones «nacionales», recuérdese) previamente causadas<sup>55</sup>. Por supuesto, nuestra jurisprudencia laboral confirma que esta misma posibilidad también beneficia a los emigrantes extranjeros que trabajan en España, frente al intento del INSS —cuando demandan aquí la prestación «nacional»— de totalizar sus cotizaciones, extranjeras y españolas, en todo caso<sup>56</sup>.

La regla citada de la compatibilidad la establece, aunque de manera un poco críptica, el artículo 12.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, afirmando —después de indicar que «el presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio»— que, «no obstante, esta disposición no se aplicará a las prestaciones de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60»<sup>57</sup>.

Al respecto, los supuestos de hecho más frecuentemente registrados por nuestra jurisprudencia laboral se refieren a la compatibilidad entre pensiones españolas prorrateadas

<sup>54</sup> Al respecto, por todas, véase STSud de 8 marzo 1999 (Ar. 6731).

<sup>55</sup> Téngase en cuenta que el nuevo convenio hispano-andorrano de Seguridad Social (BOE de 4 diciembre 2002) obliga a tener por superada la doctrina contenida en una STSJ Cataluña de 21 enero 2003 (Ar. 347), y las que cita, relativas al viejo convenio bilateral entre ambos países de 1978-1982, según la cual en este último convenio «no se reconoce el derecho a percibir pensiones autónomas», a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en el que «se parte del principio de totalización de periodos sólo en los casos en los que es necesario para reunir la carencia exigida en España, por lo que, cuando ya se tiene la carencia suficiente no es preciso computar las cotizaciones efectuadas en el exterior».

<sup>56</sup> Al respecto, a propósito de un trabajador austríaco emigrante en España y con cotizaciones previas en Austria, véase STSJ Cataluña de 7 abril 1993 (Ar. 1829).

<sup>57</sup> Sobre la compatibilidad (o «concurrencia») entre pensiones españolas y pensiones extranjeras, al hilo de lo dispuesto en el artículo 122 de la LGSS, véase R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), pág. 330.

y pensiones extranjeras de la misma naturaleza, como las de viudedad derivada de riesgos comunes<sup>58</sup>, de incapacidad permanente derivada de riesgos comunes<sup>59</sup> y sobre todo de jubilación<sup>60</sup>.

Nuestra jurisprudencia laboral registra incluso el caso de compatibilidad entre pensión española prorrateada de jubilación y dos pensiones «nacionales» extranjeras de la misma naturaleza, como en el supuesto de hecho enjuiciado por una STSud de 13 junio 2000 (Ar. 7170), relativa a que «el demandante ha venido percibiendo sendas pensiones de jubilación de los Estados Alemán y Francés desde febrero y abril de 1995, respectivamente».

§7. Evidentemente, las normas sustantivas reguladoras de la Seguridad Social internacional precisan de normas adjetivas o procedimentales, asimismo de carácter internacional, que las complementen, cuya necesaria existencia reconoce incluso la propia LGSS, al afirmar que «las entidades gestoras, con la previa conformidad del Departamento ministerial de tutela, podrán pertenecer a asociaciones y organismos internacionales, concertar operaciones, establecer reciprocidad de servicios con instituciones extranjeras de análogo carácter y participar, en la medida y con el alcance que se les atribuya, en la ejecución de los Convenios internacionales de Seguridad Social» (artículo 61); y además —pero ahora, según su artículo 63.2—, que a «la Tesorería General de la Seguridad Social... asimismo le será de aplicación lo previsto para las entidades gestoras en el artículo 61». La colaboración instrumental entre las Administraciones de Seguridad Social española y extranjeras, a que en realidad aluden estos preceptos, se materializa en los correspondientes *addenda* procedimentales (usualmente denominados, con terminología diplomática, «acuerdos administrativos») complementarios de los diversos convenios internacionales de Seguridad Social, materializados —en el caso de las normas comunitarias— en el citado Reglamento (CEE) núm. 574/1972<sup>61</sup>. Desde el punto de vista de nuestros emigrantes retornados, cabe que estos últimos —al amparo de todas estas normas adjetivas— ins-ten: 1) la actuación de las entidades gestoras (por ejemplo, el INSS o el

<sup>58</sup> Cfr., por ejemplo, STSud de 1 junio 1999 (Ar. 5061), reconociéndole a la actora pensión prorrateada española en porcentaje del 26,01 por 100, dando como probado que la propia «actora percibe pensión de viudedad de Alemania».

<sup>59</sup> Al respecto, por ejemplo, véase STSud de 10 marzo 1999 (Ar. 2910), dando por supuesta la compatibilidad entre pensión prorrateada española y pensión alemana, pues «el actor, que trabajó en España y Alemania», había sido «declarado en este último país en el año 1988 en situación de invalidez permanente».

<sup>60</sup> Al respecto, por ejemplo, STSud de 7 junio 1999 (Ar. 5203), según la cual el actor «tiene reconocida una pensión de tal naturaleza a cargo de la Seguridad Social alemana»; o también, STSud de 15 noviembre 2001 (Ar. 9760), según la cual el actor «al mismo tiempo y con idénticos efectos tiene reconocida la misma pensión por la Seguridad Social Alemana».

<sup>61</sup> Sobre posibles confusiones derivadas de esta dualidad normativa, véase A. OJEDA AVILES, *El sistema común europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 120 y ss.

ISM), en concepto de «institución instructora»<sup>62</sup>, al efecto de solicitar de la Administración extranjera de Seguridad Social que corresponda los certificados de cotizaciones precisos para calcular prestaciones españolas prorrateadas<sup>63</sup>; 2) la actuación de estas mismas entidades, igualmente en concepto de «institución instructora», al efecto de la tramitación por quien corresponda de prestaciones extranjeras prorrateadas o, incluso, de prestaciones «nacionales»; y 3) la actuación de la TGSS, en concepto de «organismo pagador» por delegación<sup>64</sup>, al efecto de que la correspondiente «institución deudora»<sup>65</sup> extranjera les abone las prestaciones por ellos causadas en el país extranjero de que se trate, que es lo que popularmente se conoce con el nombre de «exportación» de prestaciones<sup>66</sup>.

Por supuesto, en relación con la solicitud de prestaciones extranjeras por emigrantes retornados aquí, la jurisprudencia laboral confirma que «la Seguridad Social española únicamente actúa de organismo de enlace para la tramitación de la reclamación en vía administrativa, no para su Resolución, en la que la competencia es de la Seguridad Social» extranjera (la alemana, en el caso)<sup>67</sup>.

Al respecto, el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 afirma que «las peticiones, declaraciones o recursos que, según la legislación de un Estado miembro, deban ser presentados dentro de un plazo determinado... serán admitidos siempre que sean presentados, dentro del mismo plazo, ante la autoridad, la institución o la jurisdicción correspondiente de cualquier otro Estado miembro»<sup>68</sup>. Afirma, además, que «las autoridades, las instituciones y los órganos de un Estado miembro no podrán recurrir las peticiones u otros documentos que les sean dirigidos, por el hecho de que estén redactados en la lengua oficial de otro Estado miembro»<sup>69</sup>, e incluso que «un mensaje electrónico enviado por una institución de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento y de su Reglamento de aplicación no podrá ser rechazado por una autoridad o una institución de otro Estado miembro por haber sido recibido por medios electrónicos, una vez que la institución destinataria se haya declarado en condiciones de recibir mensajes electrónicos»<sup>70</sup>.

<sup>62</sup> Acerca de esta expresión, véase artículo 41.1 del Reglamento (CEE) núm. 574/1972.

<sup>63</sup> Dando como probado un «escrito de la Dirección Provincial del INSS..., poniendo en conocimiento del demandante que su expediente se encontraba pendiente de que... el Organismo venezolano de Seguridad Social enviase las cotizaciones en dicho país, necesarias para su jubilación en España», véase STSJ Galicia de 28 enero 2002 (Ar. 15).

<sup>64</sup> La expresión se toma del artículo 54 del Reglamento (CEE) núm. 574/1972.

<sup>65</sup> La expresión se toma del artículo 53.1 del Reglamento (CEE) núm. 574/1972.

<sup>66</sup> Véase A. OJEDA AVILES, *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, Trotta (Madrid, 1994), págs. 135-136.

<sup>67</sup> Cfr. STSJ Asturias de 7 noviembre 2003 (Ar. 490 de 2004). Al respecto, véase M. B. GARCÍA ROMERO, *El régimen de invalidez de los emigrantes comunitarios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 87 y ss.

<sup>68</sup> Artículo 86.1, inciso primero.

<sup>69</sup> Artículo 84.4.

<sup>70</sup> Artículo 85.3, inciso primero.

En fin, téngase en cuenta —siempre según el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971— el carácter rigurosamente inexportable de ciertas prestaciones de Seguridad Social, como «las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4»<sup>71</sup> y, también, los complementos para mínimos<sup>72</sup>. De acuerdo con la LGSS, sería el caso, por ejemplo, de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, y de las prestaciones económicas de protección no contributiva de las unidades familiares, condicionadas al hecho —entre otros requisitos— de residir precisamente en España<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Artículo 10.bis.1.

<sup>72</sup> Cfr. artículo 50. Al respecto, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares (Granada, 1997), págs. 5 y ss.

<sup>73</sup> Véase *supra*, Tema 11, §2, §3 y §4.

---

## TEMA 18

### LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. Funcionarios Civiles del Estado. §3. Fuerzas Armadas. §4. Personal al servicio de la Administración de Justicia. §5. Clases Pasivas del Estado.

§1. Reproduciendo sus precedentes normativos, la LGSS incluye dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a los funcionarios públicos, al afirmar que «estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes» (artículo 7.1), que son cinco apartados —ordenados por letras—, el último de los cuales se refiere precisamente a los «funcionarios públicos, civiles y militares» [letra e)]. Dentro del campo de aplicación del sistema, los funcionarios públicos conforman aparentemente un Régimen Especial, pues la LGSS continúa afirmando que «se considerarán Regímenes Especiales los que encuadren», entre otros grupos, a los «funcionarios públicos, civiles y militares» [artículo 10.2.d)]<sup>1</sup>. Además, siempre según la LGSS, se trata de un Régimen Especial de Seguridad Social aparentemente único y, en cualquier caso, que necesariamente debe ser regulado por normas con rango de Ley distintas de la propia LGSS, pues «el Régimen Especial correspondiente al grupo d) del apartado anterior se regirá por la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto» (artículo 10.3).

---

<sup>1</sup> Véase B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons (Madrid, 1997), págs. 27 y ss.

Los precedentes de todos estos preceptos, tanto en la primera Ley general de Seguridad Social de 1966 —salvo la previsión de que el Régimen Especial en cuestión se regulase «por Ley»<sup>2</sup>— como en la segunda Ley general de 1974<sup>3</sup>, traen causa de lo dispuesto en la Ley de Bases de 1963, según la cual «se considerarán regímenes especiales los que encuadren», entre otros grupos, a los «funcionarios públicos, civiles y militares»<sup>4</sup>.

Ahora bien, examinadas estas normas, resulta evidente que no existe un único Régimen Especial de Seguridad Social de funcionarios públicos, sino tres distintos, regulados separadamente en tres normas distintas, todas —como prevé la LGSS— con rango de Ley y todas, además, de la misma fecha<sup>5</sup>. En primer lugar, la reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado —de algún modo el Régimen de Seguridad Social modélico de los funcionarios—, que es el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 junio (cfr. *infra*, §2). En segundo lugar, la reguladora del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que es el Real Decreto Legislativo 1/2000, también de 23 junio (cfr. *infra*, §3). En tercer lugar, la reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia, que es el Real Decreto Legislativo 3/2000, siempre de 23 junio (cfr. *infra*, §4). Este cuadro de fuentes reguladoras con rango de Ley se completa con el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 abril, aprobando el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (cfr. *infra*, §5).

Los precedentes inmediatos de los citados Reales Decretos Legislativos deben buscarse sustancialmente en la Ley 28/1975, de 27 junio, de creación del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas, y sobre todo, en la Ley 29/1975, también de 27 junio, de creación del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado.

La exposición de motivos de esta última —redactada con mucha pulcritud en lo tocante a la historia<sup>6</sup>— sienta, con relativa claridad, las directrices de la nueva regulación

<sup>2</sup> Cfr. su artículo 10.4.

<sup>3</sup> Esta última ya preveía la regulación del Régimen Especial de funcionarios «por la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto» (artículo 10.3), sin duda condicionada por la afirmación, tanto de la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 20 julio 1963 como del Texto articulado de la misma, aprobado por Decreto de 7 febrero 1964, relativa a que la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado se regularía por una Ley especial, aunque luego tardase más de diez años en promulgarse.

<sup>4</sup> Cfr. su base 3ª, sobre «Regímenes y sistemas especiales».

<sup>5</sup> Véase M.N. MORENO VIDA, «La protección de la vejez en los regímenes especiales de la Seguridad Social. Regímenes especiales de funcionarios públicos», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Directores), y M.N. MORENO VIDA y A. VICENTE PALACIO (Coordinadores), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares (Granada, 2004), págs. 333 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, fundamental, véase M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1957), págs. 56 y ss. En esta obra se destaca el hecho de cómo «los planes de cobertura de los riesgos económicos de los funcionarios públicos han sido por lo general anteriores a los del resto de la población» (pág. 15).

que operaba, centradas: 1) en el mantenimiento del tradicional sistema de Clases Pasivas, pues «el Sistema español de Clases Pasivas, cuyos orígenes se remontan al Estatuto de 22 de octubre de 1926, y que tras numerosas modificaciones y reformas ha cristalizado en el Texto refundido de 21 de abril de 1966, reformado en parte por la Ley 19/1974, de 27 de junio, constituye una institución de gran tradición y honda raigambre en nuestra Función Pública», que «no es fácilmente reconducible a mecanismos típicamente asegurativos; al menos de un modo radical e inmediato»; 2) en la progresiva liquidación de las Mutualidades (o Montepíos) de funcionarios («cuyas primeras manifestaciones surgen en el último tercio del siglo XVIII»), que «tan sólo podrán seguir actuando en el futuro con el carácter de voluntarias», y con sujeción al «principio de reducción progresiva de las subvenciones estatales que viniesen percibiendo»<sup>7</sup>; y 3) en la creación de «una Mutualidad General única para todos los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado».

La propia Ley 29/1975 anunciaba la futura creación de un tercer Régimen Especial de funcionarios, al afirmar que «la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia se regulará en una Ley especial, adaptada a las directrices de la presente Ley y en régimen de mutualismo, a través de una Mutualidad de Funcionarios de la Administración de Justicia»<sup>8</sup>.

Estas cuatro normas cuentan con un desarrollo reglamentario parcial, cabiendo afirmar que sólo el Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado posee normas reglamentarias totalmente puestas al día, contenidas en el Real Decreto 375/2003, de 28 marzo, que aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. Y todo este cuadro de fuentes normativas legales y reglamentarias se completa con la jurisprudencia contencioso-administrativa fallada en interpretación y aplicación de dichas normas, pues de los pleitos en materia de Seguridad Social de los funcionarios no conocen los tribunales laborales, sino los tribunales de lo contencioso-administrativo. Esto último lo confirman expresamente los Textos refundidos aprobados por los citados Reales Decretos Legislativos 670/1987<sup>9</sup>, 1/2000<sup>10</sup>, 3/2000<sup>11</sup> y 4/2000<sup>12</sup>; e implícitamente, la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al sentar la regla general de que «las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con ... los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo

---

<sup>7</sup> Sobre la problemática constitucional suscitada por la integración de estas viejas mutualidades en la MUFACE, véanse, por ejemplo, SsTC 208/1988, de 10 noviembre, y 5/1994, de 17 enero.

<sup>8</sup> Disposición adicional 2ª.

<sup>9</sup> Cfr. su artículo 14.

<sup>10</sup> Cfr. su artículo 31.

<sup>11</sup> Cfr. su artículo 25.

<sup>12</sup> Cfr. su artículo 37.

el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado *en materias de personal*» [artículo 10.1.i)]<sup>13</sup>.

A pesar de que la temática relativa a la «gestión instrumental» es también claramente contencioso-administrativa, la LGSS se cuida de separar en relación con ella los Regímenes Especiales de Funcionarios y el resto de Regímenes Especiales de Seguridad Social, al ordenar que «lo dispuesto en la presente Ley en materia de inspección y recaudación de la Seguridad Social no será de aplicación a los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en tanto no se disponga otra cosa por el Gobierno»<sup>14</sup>.

Materialmente hablando, sin embargo, no cabe ninguna duda de que la Seguridad Social de los funcionarios públicos es verdadera Seguridad Social. Lo evidencia la propia LGSS —respecto del subsidio de maternidad—, al afirmar que «a efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple ..., durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública» (artículo 133.bis).

En esta materia sólo cabe hablar de desarrollo reglamentario «parcial», por cuanto que el Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987 carece de él, mientras que a los Textos refundidos aprobados por los Reales Decretos Legislativos 1/2000 y 3/2000 debe seguir aplicándoseles dos viejos reglamentos promulgados hace más de un cuarto de siglo, y contenidos en el Real Decreto 2330/1978, de 29 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y en el Real Decreto 3283/1978, de 3 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Mutualidad General Judicial.

**§2.** El Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, regulador del Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado<sup>15</sup>, incluye en su campo de aplicación tres grandes tipos distintos de beneficiarios de sus prestaciones, que son: 1) el funcionario civil del Estado en servicio activo, ya se trate de funcionario de carrera o de funcionario en prácticas, llamado por esta norma «mutualista»<sup>16</sup>; 2) las clases pasivas de funcionarios civiles del Estado, en las que se integran tanto el funcionario declarado incapaz

<sup>13</sup> Esta regla se completa con la relativa a que la competencia territorial de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará teniendo en cuenta que «cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de personal, ... será competente, a elección del demandante, el ... Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado» (artículo 14.1.2ª).

<sup>14</sup> Cfr. su disposición adicional 24ª.

<sup>15</sup> Sobre el tema, con toda su historia normativa, véase A.V. SEMPERE NAVARRO y F. OLIVARES FRANCO, «Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE», *Revista de Política Social*, núm. 144 (1984), págs. 7 y ss.

<sup>16</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 7.1.



permanente como el funcionario jubilado, que es lo que esta norma llama «mutualista jubilado»<sup>17</sup>; y 3) los familiares de funcionarios activos y pasivos, que es lo que la propia norma llama «beneficiario a cargo»<sup>18</sup> y, a veces también, simplemente «beneficiario»<sup>19</sup>.

Entre estos últimos, se incluyen los ascendientes, descendientes, hermanos —supuesto que cumplan los requisitos de «vivir con el titular del derecho y a sus expensas», «no percibir ingresos ... superiores al doble del salario mínimo interprofesional» y, además, «no estar protegidos, por título distinto, a través de cualquiera de los Regímenes que integran el sistema español de la Seguridad Social»<sup>20</sup>—, y por supuesto, «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»<sup>21</sup>.

El artículo 3 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, rotulado «Campo de aplicación», especifica no sólo los funcionarios obligatoriamente incluidos en el mismo («funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado» y «funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado»)<sup>22</sup>, sino también (en su apartado 2) los funcionarios excluidos de este Régimen Especial. Estas exclusiones aparecen ordenadas por letras, de la a) a la h), y algunas de ellas se refieren a funcionarios incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, al amparo de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LGSS, ya tratado<sup>23</sup>. Por lo demás, ya se vio igualmente que los notarios (no expresamente mencionados por el artículo 3.2 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000) están incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos<sup>24</sup>.

En cuanto al personal funcionario al servicio de las Universidades Públicas, los catedráticos y titulares quedan obligatoriamente encuadrados en el campo de aplicación de este Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, dada su pertenencia a cuerpos estatales de profesorado, aunque a los que ocupan «plazas vinculadas con las instituciones sanitarias de la Seguridad Social» se les permita optar<sup>25</sup>. En cambio, «el personal [funcionario] de administración y servicios propio de las universidades» está incluido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social<sup>26</sup>.

La calificación como «mutualistas» de dichas personas se explica por razones históricas, pero también por causa de que la gestión de este Régimen Especial se efectúa «a través de la Mutualidad General

<sup>17</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 10.1.

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 15.2.

<sup>19</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 15.1.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 15.2 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 15.1.a).

<sup>22</sup> Apartado 1.

<sup>23</sup> *Supra*, Tema 2, §3.

<sup>24</sup> Véase *supra*, Tema 9, §1.

<sup>25</sup> Al respecto, véase la disposición adicional 4ª del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000. Esta opción ha sido ulteriormente prorrogada por diversas Leyes «de acompañamiento» de las de Presupuestos Generales del Estado, posteriores al año 2000.

<sup>26</sup> Respecto de su exclusión expresa, véase artículo 3.2.h) del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000.

de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas»<sup>27</sup>, que es un «organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión»<sup>28</sup>. Al respecto, reglamentariamente se afirma que la afiliación o «incorporación inicial a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado es obligatoria para los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación desde el momento de la toma de posesión o, en su caso, desde el comienzo del período de prácticas»<sup>29</sup>, teniendo en cuenta que «dicha incorporación, de carácter único y permanente, 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»<sup>30</sup>. Por supuesto, la cotización a este Régimen Especial también es obligatoria, debiendo tenerse en cuenta lo siguiente: 1) que la cotización «será obligatoria para todos los mutualistas, con excepción de los mutualistas jubilados»<sup>31</sup>; 2) que estos mutualistas cotizan obligatoriamente por un doble concepto, integrado por la «cotización a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado»<sup>32</sup> (o «cuota MUFACE»), de un lado, y por la «cuota de derechos pasivos»<sup>33</sup>, de otro lado; y 3) que ambas cuotas (que son cuotas mensuales) se obtienen dividiendo entre catorce el resultado de aplicarle al «haber regulador» anual del funcionario —fijado cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, para cada uno de los tres Grupos de funcionarios existentes, esto es, el «Grupo A» (a su vez, «dividido en dos Subgrupos A<sub>1</sub> y A<sub>2</sub>»), el «grupo B» y «el grupo C» (asimismo, «dividido en dos Subgrupos C<sub>1</sub> y C<sub>2</sub>»)»<sup>34</sup>— los tipos correspondientes, que son el «tipo porcentual del 3,86 por 100» (para la «cuota de derechos pasivos»)»<sup>35</sup> y el fijado cada año por la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado (para la «cuota MUFACE»)»<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. artículo 4.1 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000.

<sup>28</sup> *Ibidem*, artículo 5.1.

<sup>29</sup> Cfr. artículo 7, inciso primero, del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>30</sup> *Ibidem*, artículo 7, inciso segundo.

<sup>31</sup> Cfr. artículo 10.1 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 23.1, párrafo primero, del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>34</sup> Sobre los «Grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera», véase el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (y también, su disposición transitoria 3ª).

<sup>35</sup> Cfr. artículo 23.1, párrafo primero, del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>36</sup> Véase artículo 10.3 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000.

Esto último es lo que ordena la legislación aplicable, respecto de ambas cuotas, al establecer que «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»<sup>37</sup>.

Reglamentariamente se afirma que «los órganos competentes en materia de personal que formalicen la toma de posesión de los funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, el nombramiento de funcionarios en prácticas incluidos en el mismo ámbito, 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 deberán dar cuenta inmediata a ésta de dichos actos administrativos en el plazo máximo de un mes»<sup>38</sup>.

Institución equivalente de los «convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social», a suscribir en otros Regímenes del sistema con la TGSS<sup>39</sup>, es la regulada en el artículo 8.2 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, según el cual «podrán mantener facultativamente la situación de alta como mutualistas voluntarios, con igualdad de derechos, los funcionarios a que se refieren los párrafos a) [funcionarios excedentes voluntarios], b) [funcionarios que pierdan su condición de tales] y c) [funcionarios transferidos a la Unión Europea] del apartado 1 de este artículo, siempre que abonen exclusivamente a su cargo las cuotas correspondientes al funcionario y al Estado». Lo confirma el dato de que reglamentariamente se aclare que «se considerarán en situación asimilada a la de alta ... quienes hayan optado por mantener su situación de alta como mutualistas voluntarios»<sup>40</sup>.

Aparte los temas recién citados de «gestión instrumental», el Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000 dedica el grueso de su contenido a la regulación de la «acción protectora» de este Régimen Especial, respecto de sus beneficiarios<sup>41</sup>. Desde este punto de vista, la norma regula como riesgos protegibles los accidentes y enfermedades de los beneficiarios (llamando «acto de servicio» al accidente de trabajo del funcionario)<sup>42</sup>; como prestaciones básicas, las de incapacidad temporal<sup>43</sup>, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia<sup>44</sup>, de protección de las unidades familiares (pero sólo por hijo a cargo y por parto múltiple)<sup>45</sup> y la asistencia sanitaria (médica, farmacéutica y

---

<sup>37</sup> Cfr. artículo 10.2 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, respecto de la «cuota MUFACE». En sentido análogo, respecto de la «cuota de derechos pasivos», véase artículo 23.2 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>38</sup> Cfr. artículo 14.2 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>39</sup> Véase *supra*, Tema 16, §3.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 49.2.a) del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>41</sup> Artículos 11 a 32, sobre un total de 37 artículos.

<sup>42</sup> Artículos 11.b) y 14.

<sup>43</sup> Artículos 18 a 21.

<sup>44</sup> Artículo 22.

<sup>45</sup> Artículo 29.

recuperadora)<sup>46</sup>; y además, en concepto de prestaciones complementarias, las correspondientes a un sistema relativamente bien puesto al día de «servicios sociales»<sup>47</sup>. Este Texto refundido no regula, sin embargo: 1) las prestaciones de desempleo, puesto que los funcionarios cubiertos por este Régimen Especial carecen del derecho a las mismas<sup>48</sup>; 2) el subsidio por maternidad, puesto que —respecto siempre de los funcionarios civiles del Estado— se trata de una prestación regulada en la LGSS<sup>49</sup>; y 3) las prestaciones por incapacidad permanente (salvo el complemento del 50 por 100 en concepto de gran invalidez)<sup>50</sup>, el grueso de las prestaciones de protección de las unidades familiares (esto es, las pensiones de viudedad, las pensiones de orfandad o las pensiones a favor de otros familiares distintos del causante) y las pensiones de jubilación, puesto que todas estas prestaciones económicas, a ver luego, aparecen previstas en el también citado Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, regulador del sistema de Clases Pasivas del Estado.

Respecto del «concepto de accidente en acto de servicio», reglamentariamente se afirma que se entenderá por tal «aquél que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración»<sup>51</sup>; y además, que «para la determinación de los supuestos que en este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público»<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Artículos 13 a 17. Sobre la «forma de la prestación», el último de estos cinco preceptos indica que «la asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados», teniendo en cuenta que «estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social». Reglamentariamente se añade que tales «conciertos estipularán los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como las modalidades, forma, condiciones de la asistencia y las causas por las que ésta se prestará a los beneficiarios con derecho a ella», precisándose igualmente que «los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del período que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia» (cfr. artículo 77 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003). En relación con ciertos aspectos controvertidos del régimen de dichos «conciertos», véanse SsTS (Sala 3ª) de 19 abril 1999 (Ar. 3497), de 5 julio 1999 (Ar. 5160), de 6 junio 2001 (Ar. 5725), de 28 septiembre 2004 (Ar. 6057) o, también, de 24 mayo 2007 (Ar. 5088).

<sup>47</sup> Artículos 30 y 32.

<sup>48</sup> Recuérdesse, sin embargo, que los «funcionarios de empleo» (interinos o eventuales), incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, sí están protegidos por esta contingencia (cfr. *supra*, Tema 10, §1).

<sup>49</sup> Véase *supra*, Tema 5, §4. Sobre el tema, con interesantes reflexiones, M.J. LOPERA CASTILLEJO, *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 49 y ss.

<sup>50</sup> Artículos 23.2.d) y 26.

<sup>51</sup> Artículo 59.1 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>52</sup> *Ibidem*, apartado 2.

La prestación farmacéutica resulta gratuita en los mismos casos previstos para el Régimen General de la Seguridad Social (por ejemplo, en el de «los medicamentos que deban ser suministrados por los servicios de farmacia hospitalaria», o en «aquellos tratamientos que tengan su origen en accidente en acto de servicio o enfermedad profesional»)<sup>53</sup>, aunque la regla general es que «en los demás casos, los beneficiarios participarán mediante el pago de un 30 por ciento del precio de venta al público de los medicamentos y demás productos sanitarios, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la normativa sanitaria vigente establezca otra cantidad porcentual o un tope máximo de participación en la dispensación»<sup>54</sup>.

Las prestaciones correspondientes a los «servicios sociales» de los funcionarios civiles del Estado incluyen, por ejemplo, el «subsidio por defunción» y «ayuda de sepelio» —ya vistos<sup>55</sup>—, «becas de estudio para mutualistas y becas de residencia para hijos y huérfanos de mutualistas»<sup>56</sup>, así como «cualesquiera otros servicios sociales que se presten por medio de los servicios de la Seguridad Social»<sup>57</sup>. Formalmente, en cambio, tienen el carácter de «asistencia social» las «ayudas económicas para la adquisición de vivienda por los mutualistas de MUFACE», anualmente convocadas por la Dirección General de esta última.

**§3.** El Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, regulador del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, incluye en su campo de aplicación —en concepto de «asegurados»<sup>58</sup>—, entre otros, a los «militares de carrera de las Fuerzas Armadas», «tropa y marinería» y «militares de carrera de la Guardia Civil»<sup>59</sup>; y además, este mismo personal cuando «pase a retiro o jubilación»<sup>60</sup>, y por supuesto, también los familiares de dichos asegurados, retirados y jubilados<sup>61</sup>. A los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas no se les llama «mutualistas» —a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios civiles del Estado en servicio activo—, por causa de que la gestión de este Régimen Especial se lleva a cabo a través del «Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), adscrito al Ministerio de Defensa»<sup>62</sup>, que es —al igual que ocurre con la MUFACE— un «organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión»<sup>63</sup>. Por lo demás, la acción protectora de este Régimen

<sup>53</sup> *Ibidem*, artículo 82.1.

<sup>54</sup> *Ibidem*, artículo 82.2.

<sup>55</sup> *Supra*, Tema 8, §2.

<sup>56</sup> Cfr. artículo 130 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 375/2003.

<sup>57</sup> *Ibidem*, artículo 129.3.

<sup>58</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 6.2 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000.

<sup>59</sup> *Ibidem*, artículo 3.1.

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 3.2.

<sup>61</sup> *Ibidem*, artículos 8 y 12, por ejemplo.

<sup>62</sup> *Ibidem*, artículo 4.

<sup>63</sup> *Ibidem*, artículo 5.1.

Especial es idéntica a la del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado, aunque existan peculiaridades, derivadas incluso de la existencia de contingencias específicas propias ligadas al peculiar tipo de trabajo desarrollado por este personal, como en el caso de la situación de «inutilidad para el servicio»<sup>64</sup>.

Esta última se define como la situación de los asegurados «que, como consecuencia de enfermedad o accidente, pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanentes, ... cuando la enfermedad o lesión que motivó el retiro o jubilación les imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, oficio o profesión»<sup>65</sup>. En este caso, «la pensión de inutilidad para el servicio será la diferencia entre la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente 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»<sup>66</sup>.

Peculiaridad también reseñable es, además, la relativa a que la incapacidad temporal «no es de aplicación al personal militar», teniendo en cuenta que «cuando el personal militar profesional y de la Guardia Civil padezca insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio tendrá el régimen previsto en sus respectivas leyes reguladoras y en sus disposiciones de desarrollo»<sup>67</sup>.

Personal fronterizo —asimismo incluido en el campo de aplicación de este Régimen Especial— es, por ejemplo, «el personal regido por el Estatuto de Personal del Centro Nacional de Inteligencia»<sup>68</sup>, y también, «los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hayan ejercido la opción de incorporarse al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como, en su caso, los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos»<sup>69</sup>.

**§4.** La citada afirmación de la LGSS, relativa a la inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de «funcionarios públicos, civiles y militares» —copiada de las precedentes Leyes generales de Seguridad Social de 1966 y 1974<sup>70</sup>—, resulta clamorosamente incompleta desde 1978, puesto que los funcionarios de la Administración de Justicia —en principio, afiliados a la MUFACE— pasaron a estar incluidos en su propio Régimen Especial de Seguridad Social, a partir de dicho año<sup>71</sup>. La norma reguladora del mismo es el Texto refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 3/2000, que incluye en su campo de aplicación

<sup>64</sup> *Ibidem*, artículos 22 y 23.

<sup>65</sup> *Ibidem*, artículo 22.1.

<sup>66</sup> *Ibidem*, artículo 23.1, párrafo primero.

<sup>67</sup> *Ibidem*, artículo 21.

<sup>68</sup> *Ibidem*, artículo 3.1.g).

<sup>69</sup> *Ibidem*, artículo 3.1.f).

<sup>70</sup> Cfr. *supra*, §1.

<sup>71</sup> Cfr. Real Decreto-ley 16/1978, de 7 junio, sobre el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración de Justicia, expresamente derogado por el Texto refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 3/2000.

«el personal al servicio de la Administración de Justicia comprendido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial»<sup>72</sup>, así como «los funcionarios en prácticas al servicio de la Administración de Justicia»<sup>73</sup>. Se trata de una norma sustancialmente clónica, respecto de la reguladora del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, aunque aquí la gestión del Régimen se confía a la MUGEJU, esto es, a «la Mutualidad General Judicial, adscrita al Ministerio de Justicia»<sup>74</sup>, que es «un organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión»<sup>75</sup>.

Al igual que ocurre en el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas<sup>76</sup>, también aquí permanece todavía vigente una vieja norma reglamentaria, aunque con incontables derogaciones implícitas operadas por el Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000, que es el citado Real Decreto 3283/1978, aprobando el Reglamento de la Mutualidad General Judicial.

**§5.** Complementa los Textos refundidos aprobados por los citados Reales Decretos Legislativos 4/2000, 1/2000 y 3/2000, el también citado Real Decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>77</sup>. Aunque todas estas normas hablen del «Régimen» de Clases Pasivas del Estado<sup>78</sup>, lo cierto es que no se trata de ningún Régimen Especial de Seguridad Social, a añadir a los otros tres verdaderos Regímenes Especiales de Seguridad Social de Funcionarios Públicos, sino más bien de un «sistema» de prestaciones de Seguridad Social básicas, que redondea el conjunto de prestaciones otorgadas por los tres Regímenes Especiales de Seguridad Social antes estudiados. Existe, de todas formas, una cierta base para poder hablar en este caso de «Régimen», puesto que estas prestaciones básicas de Clases Pasivas del Estado no son gestionadas ni por la MUFACE, ni por el ISFAS ni por la MUGEJU, sino por una Dirección General del Ministerio de Economía y Hacienda, que es actualmente la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

<sup>72</sup> Cfr. artículo 2.a) del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2000.

<sup>73</sup> *Ibidem*, artículo 2.b).

<sup>74</sup> *Ibidem*, artículo 4.

<sup>75</sup> *Ibidem*, artículo 5.1.

<sup>76</sup> Cfr. el citado Real Decreto 2330/1978, aprobando el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

<sup>77</sup> Véase M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Mapfre (Madrid, 1988), págs. 87 y ss.; y también, J.F. BLASCO LAHOZ, *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Bomarzo (Albacete, 2006), págs. 5 y ss.

<sup>78</sup> Cfr., por todos, artículo 2.a) del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000.

Precisamente el Real Decreto 1552/2004, de 25 junio, sobre estructura básica del Ministerio de Economía y Hacienda, afirma —refiriéndose a dicha Dirección General— que «la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, cuyo titular será designado a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, tendrá a su cargo el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas al Ministerio de Economía y Hacienda en materia de costes derivados de medidas relativas a las retribuciones activas y pasivas del personal y de la dotación de puestos de trabajo a los órganos de la Administración, la propuesta de normativa y la gestión del *sistema* de clases pasivas del Estado»<sup>79</sup>; y además, por si quedase alguna duda, también que a la propia Dirección General le compete «el reconocimiento de las prestaciones derivadas del *sistema* de clases pasivas y su posterior gestión»<sup>80</sup>.

Esta Dirección General no es, sin embargo, ningún órgano administrativo de tesorería o pagador, pues «corresponde al Director General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda la ordenación del pago de las prestaciones de Clases Pasivas»<sup>81</sup>, teniendo en cuenta que «la realización de las funciones materiales de pago de estas prestaciones corresponderá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, respecto de las que figuren consignadas en la Caja Pagadora Central, y a los Delegados de Hacienda o Jefes de Administraciones de Hacienda, respecto de las que figuren consignadas en las respectivas Cajas»<sup>82</sup>.

Desde un punto de vista jurisdiccional, «los acuerdos de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en materia de Clases Pasivas que sean de su competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos precedentes, serán recurribles, en su caso, por los interesados ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, de acuerdo con las normas reguladoras del procedimiento económico-administrativo que en cada momento estén vigentes, previamente a la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo»<sup>83</sup>.

El primer gran grupo de prestaciones básicas otorgadas por este «sistema» se refiere a la contingencia de «jubilación o retiro». En realidad, ambas expresiones son sinónimas, puesto que la «jubilación o retiro» pueden ser: 1) «de carácter forzoso, que se declarará automáticamente al cumplir dicho personal la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro»<sup>84</sup>, que es la edad de setenta años<sup>85</sup>; 2) «de carácter voluntario, que se declarará a instancia de parte, siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años y

<sup>79</sup> Cfr. su artículo 10.1.

<sup>80</sup> Cfr. su artículo 10.1.h).

<sup>81</sup> Cfr. artículo 12.1 del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>82</sup> *Ibidem*, artículo 12.2, párrafo primero.

<sup>83</sup> *Ibidem*, artículo 14.1.

<sup>84</sup> *Ibidem*, artículo 28.2.a).

<sup>85</sup> Véase el artículo 67.3 de la citada Ley 7/2007. Téngase en cuenta, según la disposición adicional 8ª de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social —sobre «Prolongación de la vida activa en el Régimen de Clases Pasivas del Estado»—, que «a fin de que a los funcionarios públicos les sea de aplicación lo establecido en el apartado 2 del artículo 163 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ..., el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley desarrollando los términos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo a que se refiere el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público».



reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado»<sup>86</sup>; y 3) «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, Escala, plaza o carrera»<sup>87</sup>. La regla general es que para causar el «derecho la pensión ordinaria de jubilación o retiro, deberá haber completado [el funcionario] quince años de servicios efectivos al Estado»<sup>88</sup>, aunque —pero sólo en el caso de que el riesgo causante de la contingencia fuese un «acto de servicio»— «el derecho a pensión extraordinaria de jubilación o retiro se causará cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados al Estado por el personal de que se trate»<sup>89</sup>.

Con carácter general, téngase en cuenta que «las pensiones reguladas en este Texto serán ordinarias o extraordinarias, según que su hecho causante se produzca en circunstancias ordinarias o por razón de lesión, muerte o desaparición producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de acuerdo con las disposiciones de este Texto»<sup>90</sup>.

En el caso de las pensiones ordinarias, la regla es que su base reguladora coincida con el «haber regulador» tenido en cuenta para la cotización<sup>91</sup>. En cambio, en el caso de las pensiones extraordinarias «el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200 por 100»<sup>92</sup>.

Téngase en cuenta, «para el cálculo de su pensión [ordinaria] anual de jubilación o retiro» —a dividir luego entre catorce— que al «haber regulador que ... corresponda ... se aplicará ... el porcentaje de cálculo que, atendidos los años completos de servicios efectivos al Estado que tuviera reconocidos, proceda», que oscila —como regla— entre el 26,92 por 100, correspondiente a quince años de servicios, y el 100 por 100, correspondiente a treinta y cinco y más años de servicios<sup>93</sup>.

El segundo gran grupo de prestaciones básicas otorgadas por el «sistema» de Clases Pasivas del Estado se refiere al grueso de las prestaciones de protección de las unidades familiares<sup>94</sup>, reconducibles en lo esencial a tres: 1) la pensión de viudedad, a la que tienen derecho desde

<sup>86</sup> Cfr. artículo 28.2.b), inciso primero, del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>87</sup> *Ibidem*, artículo 28.2.c).

<sup>88</sup> *Ibidem*, artículo 29.

<sup>89</sup> *Ibidem*, artículo 48.1.

<sup>90</sup> *Ibidem*, artículo 19.1.

<sup>91</sup> Sobre este último, véase *supra*, §2.

<sup>92</sup> Cfr. artículo 49.1 *in fine* del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>93</sup> Al respecto, véase el complejísimo artículo 31 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>94</sup> Véase M.N. MORENO VIDA, «Protección por muerte y supervivencia en los regímenes especiales de la Seguridad Social. Regímenes especiales de funcionarios públicos», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Directores), y M.N. MORENO VIDA y A. VICENTE PALACIO (Coordinadores), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, cit., págs. 781 y ss.

luego «quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos, siempre en proporción al tiempo que hubieran vivido con el cónyuge fallecido»<sup>95</sup>, pero también —por aplicación directa de la disposición adicional 8ª de la LGSS— los meros convivientes de hecho supervivientes, en los mismos términos establecidos para los encuadrados en los restantes Regímenes que integran el sistema español de Seguridad Social, por el artículo 174 de la LGSS; 2) las pensiones de orfandad, siendo la regla que las perciban «los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años»<sup>96</sup>; y 3) las «pensiones a favor de los padres», teniendo «derecho a la pensión por este concepto, indistintamente, el padre y la madre del causante de los derechos pasivos, siempre que aquéllos dependieran económicamente de éste al momento de su fallecimiento y que no existan cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión»<sup>97</sup>.

Téngase en cuenta, incluso en el caso de las pensiones ordinarias (esto es, no originadas por «acto de servicio»), que «para que se entiendan causados los derechos de los familiares ... no será preciso que el causante de los mismos haya completado ningún período mínimo de prestación de servicios efectivos al Estado»<sup>98</sup>.

Respecto de la pensión de viudedad, «a la base reguladora ... se aplicará el porcentaje fijo del 50 por 100 para obtener ...[su] importe»<sup>99</sup>.

Respecto de las pensiones de orfandad, hay que tener en cuenta que el porcentaje es «el 25 por 100, en el supuesto de que existiera sólo un hijo con derecho a pensión», y «el 10 por 100, en el supuesto de que existieran varios hijos con derecho a pensión», aunque «en este último supuesto, las pensiones resultantes se incrementarán en la suma que arroje el prorrateo por cabeza de un único 15 por 100 de la base reguladora»<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Artículo 38.1 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987. Según el apartado 2 de este mismo precepto, la regla es que «la pensión de viudedad se extinguirá por contraer su titular nuevo matrimonio».

<sup>96</sup> Artículo 41.1, párrafo primero, del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987. Existen reglas especiales para el caso del huérfano que no trabaje, llegándose a permitir seguir cobrando la pensión incluso hasta los veinticuatro años (*ibidem*, apartado 2). Comentando jurisprudencia depuradora de eventuales inconstitucionalidades sobre el tema, véase J.M. GOERLICH PESET, «La filiación en el Derecho de la Seguridad Social. A propósito de la STC 200/2001, de 4 de octubre», en E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO (Coordinadores), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 329 y ss.

<sup>97</sup> Artículo 44.1, párrafo primero, del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987.

<sup>98</sup> *Ibidem*, artículo 35.

<sup>99</sup> *Ibidem*, artículo 39.3, párrafo primero.

<sup>100</sup> Sobre todo esto, *ibidem*, artículo 42.2. De cualquier manera, el «importe conjunto de las distintas pensiones de orfandad no podrá superar, en ningún caso, el del 50 por 100 o el del 100 por 100 de la base reguladora, según exista o no exista cónyuge superviviente del fallecido, respectivamente» (*ibidem*, apartado 4).

- **AGUDO DÍAZ, J.:** 4-5.
- **AGUILERA IZQUIERDO, R.:** 12-3; 16-5.
- **AGUT GARCÍA, C.:** 9-4.
- **ALARCÓN CARACUEL, M.R.:** 1-1; 1-3; 2-1; 12-2; 15-4; 18-5.
- **ALBIOL MONTESINOS, I.:** 10-3.
- **ALMANSA PASTOR, J.M.:** 14-1; 17-1.
- **ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.:** 8-1.
- **ALONSO ESPINOSA, F.J.:** 2-3.
- **ALONSO GARCÍA, B.:** 16-2.
- **ALONSO GARCÍA, R.:** 12-3.
- **ALONSO OLEA, M.:** 1-1; 1-3; 1-4; 1-5; 2-3; 6-6; 7-1; 8-3; 9-1; 9-3; 9-5; 10-1; 10-4; 11-1; 12-2; 12-3; 12-4; 13-4; 13-6; 14-7; 16-1; 16-4; 17-1; 18-1.
- **ALONSO SECO, J.M.:** 16-2.
- **ALONSO-OLEA GARCÍA, B.:** 14-2.
- **ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.:** 6-1; 8-3.
- **ALZAGA RUIZ, I.:** 8-3.
- **APARICIO TOVAR, J.:** 12-1; 13-5.
- **ARETA MARTÍNEZ, M.:** 2-3.
- **ARUFE VARELA, A.:** 1-1; 1-2; 1-3; 2-2; 3-2; 3-5; 3-8; 4-4; 4-5; 5-1; 5-2; 6-4; 6-5; 6-6; 7-2; 7-3; 7-5; 7-6; 8-3; 9-3; 9-4; 9-5; 9-6; 10-3; 10-4; 10-5; 13-4; 14-1; 14-2; 14-3; 14-4; 14-5; 15-2; 16-2; 16-3; 17-1; 17-2; 17-4.
- **BALLESTER PASTOR, I.:** 14-3.
- **BARBA MORA, A.:** 6-3.
- **BARCELÓN COBEDO, S.:** 5-2.
- **BARREIRO GONZÁLEZ, G.:** 1-3; 3-5.
- **BARRIOS BAUDOR, G.L.:** 3-8; 7-1; 7-2; 7-3; 7-5; 9-3; 11-2; 11-3.
- **BATISTA LAZZARI, J.:** 1-5.
- **BAYLOS GRAU, A.:** 1-5; 15-2; 16-1.

---

<sup>1</sup> El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 3-3 significa Tema 3, §3.

- **BEVERIDGE, W.:** 1-3.
- **BISMARCK, O.Von:** 1-2.
- **BLANCO, J.E.:** 1-3.
- **BLASCO LAHOZ, J.F.:** 1-5; 6-2; 8-7; 9-1; 9-5; 11-4; 14-3; 14-7; 15-1; 18-5.
- **BLASCO PELLICER, A.:** 10-3; 14-2.
- **BLASCO RASERO, C.:** 8-1.
- **BORRAJO DACRUZ, E.:** 1-1; 1-2; 1-3; 3-1; 3-5; 7-4; 8-3; 9-3; 11-1; 18-5.
- **BOTANA LÓPEZ, J.M<sup>a</sup>.:** 15-4.
- **BRANDARIZ GARCÍA, J.A.:** 3-5.
  
- **CABANILLAS BERMÚDEZ, J.M.:** 1-5.
- **CABEZA PEREIRO, J.:** 3-5; 8-3; 9-1; 10-3; 10-4.
- **CALVO GALLEGO, F.J.:** 7-6.
- **CÁMARA BOTÍA, A.:** 6-6; 9-1; 13-4.
- **CAMÓS VICTORIA, I.:** 7-1.
- **CAMPS RUIZ, L.M.:** 15-1.
- **CANTERO RIVAS, R.:** 3-5.
- **CARDENAL CARRO, M.:** 1-5; 9-1.
- **CARNELUTTI, F.:** 1-2.
- **CARRASCOSA BERMEJO, D.:** 17-4.
  
- **CARRIL VÁZQUEZ, X.M.:** 1-2; 1-3; 3-5; 3-8; 4-2; 4-4; 4-5; 5-1; 5-2; 6-4; 6-6; 7-2; 7-6; 8-3; 9-1; 9-3; 9-4; 9-5; 9-6; 10-3; 10-4; 13-4; 14-1; 14-2; 14-3; 14-4; 14-6; 15-2; 16-2; 17-1; 17-2; 17-3.
- **CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.:** 1-3; 1-4; 9-4; 13-5; 16-4.
- **CASTILLO, S.:** 1-2.
- **CASTRO ARGÜELLES, M<sup>a</sup>.A.:** 8-5; 13-4.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F.:** 3-5; 4-1; 4-4; 6-3; 9-4; 9-5; 10-1; 10-5.
- **CHACARTEGUI JÁVEGA, C.:** 2-1; 5-4; 8-1; 8-3.
- **COLINA ROBLEDO, A.:** 3-5.
- **COLLADO GARCÍA, L.:** 10-5.
- **CRUZ VILLALÓN, J.:** 4-3; 4-5; 14-3.
  
- **DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.:** 11-4.
- **DE LA FUENTE LAVÍN, M.:** 1-5.
- **DESDENTADO BONETE, A.:** 6-4; 6-7; 10-3.
- **DIÉGUEZ, G.:** 2-2; 2-3; 11-1; 15-1.
- **DURAND, P.:** 1-3.
- **DURÉNDEZ SÁEZ, I.:** 14-6.
  
- **ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.:** 11-1.

- **FANEGO CASTILLO, F.:** 12-3.
- **FARGAS FERNÁNDEZ, J.:** 11-2.
- **FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.:** 4-1.
- **FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.:** 16-5.
- **FERNÁNDEZ DOCAMPO, M<sup>a</sup>.B.:** 7-4.
- **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.:** 1-5; 3-2; 7-2; 8-7; 12-5; 14-3; 15-4; 16-4.
- **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.:** 3-2; 16-5.
- **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.:** 4-2.
- **FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.:** 10-3.
- **FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.:** 4-1; 7-5; 7-7.
- **FERNÁNDEZ PROL, F.:** 3-5.
- **FERREIRO REGUEIRO, C.:** 5-2; 8-3.
- **FLOR FERNÁNDEZ, M.L.:** 8-3.
  
- **GALA DURÁN, C.:** 15-2; 16-4.
- **GALIANA MORENO, J.:** 17-1.
- **GÁRATE CASTRO, J.:** 1-1; 1-4; 1-5; 3-3; 4-2; 6-4; 7-4; 7-5; 10-1; 10-3; 14-7.
- **GARCÍA BECEDAS, G.:** 3-5.
- **GARCÍA BLASCO, J.:** 2-5.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:** 12-3.
- **GARCÍA MURCIA, J.:** 3-5; 3-8; 4-1; 7-5; 10-2.
- **GARCÍA NINET, J.I.:** 5-1; 7-1; 8-1; 9-1; 9-4; 14-4; 16-2; 18-1; 18-5.
- **GARCÍA ORTUÑO, F.:** 1-2.
- **GARCÍA ROMERO, M.A.:** 17-7.
- **GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.A.:** 14-2.
- **GARCÍA VALVERDE, M.:** 13-5.
- **GARCÍA VIÑA, J.:** 6-5; 8-2.
- **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.:** 1-1.
- **GARRIDO PÉREZ, E.:** 17-1.
- **GARRIGUES GIMÉNEZ, A.:** 5-4.
- **GASCO VIDAL, F.J.:** 5-2.
- **GASCÓN Y MARÍN, J.:** 1-3.
- **GETE CASTRILLO, P.:** 13-1.
- **GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>.:** 6-2; 18-5.
- **GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.:** 1-5; 10-4; 11-1; 14-3; 15-4; 17-3.
- **GÓMEZ CABALLERO, P.:** 9-5.
- **GÓMEZ FERREIRO, F.:** 14-4.
- **GONZÁLEZ BIEDMA, E.:** 9-5.
- **GONZÁLEZ DE PATTO, R.M<sup>a</sup>.:** 16-2.

- **GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.:** 3-5.
- **GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.:** 12-3; 12-4; 12-5.
- **GONZÁLEZ ORTEGA, S.:** 1-3; 7-1; 12-2; 13-4; 15-4; 16-2; 18-5.
- **GONZÁLEZ POSADA, C.:** 1-3.
- **GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.:** 9-5.
- **GONZALO GONZÁLEZ, B.:** 4-2; 4-3; 4-4; 16-2; 16-4; 18-1.
- **GOÑI SEIN, J.L.:** 15-2.
- **GORELLI HERNÁNDEZ, J.:** 5-4; 9-7; 13-1; 14-7.
- **GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.:** 13-4.
- **LIMÓN LUQUE, M.A.:** 2-3.
- **LOPERA CASTILLEJO, M.J.:** 18-2.
- **LÓPEZ ANIORTE, M.C.:** 9-5.
- **LÓPEZ CUMBRE, L.:** 2-3; 7-1; 7-2; 7-4; 7-5; 13-3.
- **LÓPEZ GANDÍA, J.:** 1-5; 3-5; 4-5; 6-2; 6-7; 7-6; 9-1; 14-7; 15-1.
- **LÓPEZ LÓPEZ, J.:** 2-1; 3-4; 7-1; 8-1; 8-3; 17-2.
- **LÓPEZ MOSTEIRO, R.:** 8-3.
- **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.:** 6-5.
- **LOUSADA AROCHENA, J.F.:** 3-5.
- **LUJÁN ALCARAZ, J.:** 2-3; 9-3.
- **HERNÁNDEZ BEJARANO, M.:** 12-1.
- **HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.:** 15-3.
- **HIERRO HIERRO, F.J.:** 9-4.
- **JOVER RAMÍREZ, C.:** 4-5.
- **LANDA ZAPIRAIN, J.P.:** 17-1.
- **LASAOSA IRIGOYEN, E.:** 15-2.
- **MADRID YAGÜE, P.:** 14-5.
- **MALDONADO MOLINA, F.J.:** 9-5.
- **MALDONADO MOLINA, J.A.:** 7-1; 10-4; 16-2.
- **MANEIRO VÁZQUEZ, Y.:** 2-3.
- **MANRIQUE LÓPEZ, F.:** 1-5; 16-1; 16-4.
- **MARTÍN JIMÉNEZ, R.:** 4-5; 15-2.
- **MARTÍN PUEBLA, F.:** 6-2.
- **MARTÍN VALVERDE, A.:** 16-4; 16-5.

- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: 7-4.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: 1-1; 1-5; 4-3; 8-7; 9-2.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: 1-1; 1-2; 1-3; 1-4; 1-5; 3-5; 3-8; 4-2; 4-3; 4-4; 4-5; 5-1; 5-2; 6-4; 6-5; 6-6; 7-2; 7-6; 8-3; 9-3; 9-4; 9-5; 9-6; 10-3; 10-4; 13-4; 14-1; 14-2; 14-3; 14-4; 14-5; 14-7; 15-2; 15-4; 16-2; 16-5; 17-1; 17-3.
- MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: 5-2; 14-4; 15-3.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: 5-4; 13-3.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: 11-1.
- MATEOS BEATO, A.: 15-2.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: 3-5.
- MEDIAVILLA CRUZ, M.L.: 5-2.
- MEILÁN GIL, J.L.: 1-3.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: 9-3.
- MELLA MÉNDEZ, L.: 1-5; 8-4; 10-3; 10-5.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: 8-4.
- MERCADER UGUINA, J.R.: 1-1; 4-5; 10-3.
- MILLOR ARIAS, M.P.: 9-6.
- MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R.: 15-4.
- MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>.L.: 7-1; 7-2.
- MOLINA NAVARRETE, C.: 1-1; 2-1; 3-5; 8-1; 14-4; 16-2; 16-5.
- MOLINER TAMBORERO, G.: 14-4.
- MOMPALAR CARRASCO, M.A.: 9-1; 14-5; 14-7.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: 1-5; 2-1; 3-5; 4-5; 8-1; 10-1; 16-2; 16-5; 18-1; 18-5.
- MONTOYA MELGAR, A.: 1-1; 1-3; 1-5; 6-6; 7-1; 8-3; 9-1; 9-3; 9-5; 10-1; 11-1; 12-3; 13-4; 16-4; 17-1.
- MOREIRA, A.J.: 16-5.
- MORENO CÁLIZ, S.: 4-5.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N.: 1-5; 8-1; 16-2; 16-5; 18-1; 18-5.
- MUÑOZ MOLINA, J.: 5-1.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: 4-2; 4-3; 4-4; 16-4.
- NUÑO RUBIO, J.L.: 18-1.
- OJEDA AVILÉS, A.: 5-1; 5-2; 5-4; 17-7.
- OLARTE ENCABO, S.: 13-4.
- OLIVARES FRANCO, F.: 18-2.
- ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.: 2-3.

- **PALMA DEL TESO, A.:** 16-2.
- **PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.:** 1-1; 9-3.
- **PANIZO ROBLES, J.A.:** 8-1.
- **PARDELL VEÁ, A.:** 8-1.
- **PEREIRA DE CASTRO, C.A.:** 1-5.
- **PÉREZ ALONSO, M.A.:** 8-3.
- **PÉREZ BORREGO, G.:** 14-6.
- **PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.:** 7-1; 9-5.
- **PIQUERAS PIQUERAS, M.C.:** 10-5.
- **POLO SÁNCHEZ, M.C.:** 12-3.
- **PRADOS DE REYES, F.J.:** 9-5; 13-7.
- **PUMAR BELTRÁN, N.:** 3-5; 7-4.
- **PURCALLA BONILLA, M.A.:** 4-5.
  
- **QUESADA SEGURA, R.:** 2-1; 3-5; 8-1; 16-5.
- **QUINTERO LIMA, M.G.:** 1-5; 16-2.
- **RABANAL CARBAJO, P.:** 1-1; 10-3; 13-1.
- **RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.:** 3-5; 8-3; 11-1; 18-5.
- **RAMOS QUINTANA, M.I.:** 2-3; 16-4; 17-3.
- **REMIGIA PELLICER, V.D.:** 4-3.
  
- **REVILLA ESTEVE, E.:** 7-4.
- **REY GUANTER, S.:** 3-5.
- **RIERA VAYREDA, C.:** 8-4.
- **RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.:** 7-3; 8-2; 16-2.
- **RIVERO LAMAS, J.:** 1-4.
- **RODRÍGUEZ CARDO, I.A.:** 9-7.
- **RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.:** 9-1; 9-2; 12-3.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.:** 9-7; 13-1; 14-6; 14-7.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.:** 4-4; 11-1; 17-1.
- **ROJO TORRECILLA, E.:** 10-3.
- **ROMÁN VACA, E.:** 6-6.
- **ROMERO RÓDENAS, M.J.:** 6-6.
- **RON LATAS, R.P.:** 1-5; 5-1; 9-1; 9-2; 11-1; 11-2; 13-3; 13-6; 13-7; 14-2; 17-6.
- **ROQUETA BUJ, R.:** 3-5; 6-5; 7-2.
- **RUSSOMANO, M.V.:** 4-3.
  
- **SALA FRANCO, T.:** 5-3; 8-3; 11-1; 18-5.
- **SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.:** 13-2.
- **SÁNCHEZ NAVARRO, D.A.:** 14-1; 14-7.



- 
- **SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.:** 5-5.
  - **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.:** 8-1; 11-1; 17-7.
  - **SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.:** 3-5.
  - **SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.:** 1-1; 5-2; 16-4.
  - **SEMPERE NAVARRO, A.V.:** 1-2; 1-5; 4-5; 6-3; 7-1; 7-2; 7-3; 7-5; 8-1; 9-3; 10-2; 10-5; 11-2; 11-3; 13-2; 14-3; 14-6; 15-2; 17-1; 18-2.
  - **SERRANO GUIRADO, E.:** 18-1.
  - **SOTO RIOJA, S.:** 4-4.
  - **SUÁREZ FERNÁNDEZ, A.:** 14-2.
  - **SUÁREZ GONZÁLEZ, F.:** 4-3.
  
  - **TATAY PUCHADES, C.:** 3-5.
  - **TERRADILLOS, J.:** 15-2.
  - **TORTUERO PLAZA, J.L.:** 1-3; 1-4; 1-5; 2-3; 5-2; 7-1; 7-4; 7-7; 8-1; 8-3; 10-1; 10-4; 11-1; 13-6; 14-7; 16-1; 16-4; 17-1.
  - **TOSCANI GIMÉNEZ, D.:** 10-5; 15-5.
  
  - **UCELAY REPOLLÉS, M.:** 1-2.
  
  - **VAL TENA, A.:** 16-5; 17-1.
  - **VALDÉS DAL-RÉ, F.:** 13-4; 13-5; 16-4.
  - **VALDÉS DE LA VEGA, B.:** 16-4.
  - **VALLE VILLAR, J.M.:** 1-1; 13-1.
  - **VALVERDE ASENCIO, A.J.:** 3-9.
  - **VÁZQUEZ MATEO, F.:** 2-3.
  - **VICENTE PACHÉS, F.:** 5-2; 11-1; 16-2.
  - **VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A.:** 7-1; 8-1; 14-4; 18-1; 18-5.
  - **VIDA SORIA, J.:** 1-3; 2-1; 3-5; 8-1; 11-1.
  - **VIDAL GALLARDO, M.:** 2-3.
  - **VÍLCHEZ PORRAS, M.:** 9-7; 13-1; 14-7.
  - **VILLA GIL, L.E.:** 1-1; 2-3; 6-7; 11-1; 16-2.
  - **VIQUEIRA PÉREZ, C.:** 6-5; 10-2.
  - **XAVIER, B.:** 4-2.



- Accidente de trabajo: 4-1.
  - Acto de servicio: 18-2.
  - Base de cotización: 3-5.
  - Concepto: 4-1.
  - De empleados de hogar: 9-3.
  - De trabajadores por cuenta propia o autónomos: 9-5.
  - Enfermedades asimiladas: 4-3.
    - Infartos de miocardio o análogos: 4-3.
  - Escolar: 9-7.
  - In itinere: 4-4.
    - De trabajadores autónomos dependientes: 9-5.
    - De trabajadores del mar: 9-6.
    - De tráfico: 4-4.
  - Nexo trabajo-lesión: 4-2.
  - Partes: 4-4.
  - Presunción de laboralidad: 4-2.
  - Propiamente dicho: 4-2.
  - Responsabilidad empresarial: 1-2.
  - Seguros facultativos: 1-2.
  - Tipos de cotización: 3-5.
- Accidente no laboral: 4-1.
- Administradores sociales: 2-3.
- Afiliación: 3-3.
  - Incumplimientos empresariales: 15-2.
  - Variaciones de datos: 3-6.
- Agrario (Régimen Especial): 9-4.
- Alta: 3-4.
  - De pleno derecho: 15-3.
  - Especial: 3-8.
  - Incumplimientos empresariales: 15-2.
  - Inicial: 3-4.
  - Situaciones asimiladas: 3-8.
  - Sucesivas: 3-4.
- Altas médicas: 5-3; 12-3.
- Amas de casa: 9-5.
- Asistencia sanitaria: 12-1.
  - Autoaseguramiento: 14-3.
  - Beneficiarios: 12-2.
  - Estudiantes: 9-7.
  - Funcionarios civiles del Estado: 18-2.
  - Otras prestaciones sanitarias: 12-5.
  - Pacientes privados: 12-2.
  - Prestaciones farmacéuticas: 12-4.
  - Prestaciones médicas: 12-3.
  - Prestada por Mutuas patronales: 14-3.
  - Reintegro de gastos: 12-3.
  - Tarjeta sanitaria individual: 12-2.
  - Titulares: 12-2.
- Asistencia social: 11-1.
  - Externa: 1-1; 11-1.
  - Interna: 1-1; 11-1.
  - Trabajadores sociales: 11-1.
- Automaticidad de las prestaciones: 15-3.
  - Precedentes: 1-3.
- Baja: 3-7.
- Bajas médicas: 5-2; 5-3.
- Beneficiarios: 2-2.
  - Activos: 2-3.
  - Actuales: 2-2.
  - Deudas con la Administración de Seguridad Social: 13-4.
    - Familiares de los beneficiarios activos y pasivos: 2-5.
    - Pasivos: 2-4.

---

<sup>1</sup> El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 3-3 significa Tema 3, §3.

- Pensionistas: 2-4.
- Perceptores periódicos: 2-4.
- Potenciales: 2-2.
- Clases pasivas del Estado: 18-5.
- Compañías aseguradoras privadas:
  - Aseguramiento de riesgos profesionales: 1-2; 1-3.
  - Prohibición ánimo de lucro: 1-4; 15-4.
- Complemento para mínimos: 11-5; 17-5.
- Concurrencia de pensiones: 13-7.
- Convenios especiales: 16-3.
- Cooperativas: 2-3.
- Cotización: 3-5.
  - Actas de liquidación de cuotas: 14-6.
  - Aplazamiento de pago: 14-5; 15-2.
  - Bases: 3-5.
    - Máximas: 3-5.
    - Mínimas: 3-5.
    - Por accidentes de trabajo y enfermedades profesional: 3-5.
    - Por contingencias comunes: 3-5.
    - Por desempleo: 3-5.
  - Bases tarifadas: 1-3.
  - Cómputo recíproco: 13-3.
  - Documentos de cotización (TC): 3-5.
  - Incumplimientos empresariales: 15-2.
  - Sistemas especiales: 2-3; 3-5.
  - Totalización: 17-3.
  - Variaciones de datos: 3-6.
- Cuotas de recaudación conjunta: 3-5.
- Dependencia:
  - Contingencia: 16-2.
  - Prestaciones: 16-2.
- Desempleo: 10-1.
  - Base de cotización: 3-5.
  - Contingencia: 10-3.
- Prestaciones de nivel asistencial: 10-5.
- Prestaciones de nivel contributivo: 10-4.
  - Base reguladora: 10-4.
  - Duración: 10-4.
  - Extinción: 10-4.
  - Períodos de carencia: 10-4.
  - Solicitud: 10-4.
  - Suspensión: 10-4.
- Renta activa de inserción: 10-5.
- Seguro Nacional: 1-3.
- Tipos de cotización: 3-5.
- Emigrantes:
  - No retornados: 11-1; 17-1.
  - Retornados:
    - Cálculo de la base reguladora cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero: 17-4.
    - Compatibilidad entre prestaciones españolas prorrateadas y prestaciones extranjeras de la misma naturaleza previamente causadas: 17-6.
    - Con cotizaciones en España y en el extranjero: 17-2.
    - Pago prorrateado de las prestaciones cuando se totalizan cotizaciones en España y en el extranjero: 17-5.
    - Subsidio de desempleo: 10-5.
    - Totalización de las cotizaciones en España y en el extranjero: 17-3.
- Empleados de hogar (Régimen Especial): 9-3.
- Enfermedad común: 4-1.
- Enfermedades profesionales: 4-5.
  - Bases de cotización: 3-5.
  - Lista: 4-5.
  - Obligaciones especiales: 4-5.
  - Partes: 4-5.
  - Silicosis: 4-5; 9-2.
  - Tipos de cotización: 3-5.

- Estudiantes (Régimen Especial): 9-7.
- Extranjeros:
  - Asistencia sanitaria: 12-2.
  - Prestaciones de modalidad contributiva: 2-3.
    - Automaticidad: 15-3.
    - Incapacidad temporal: 5-2.
  - Prestaciones de modalidad no contributiva: 2-4.
- Familia (véase unidades familiares).
- Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: 1-3; 4-5.
- Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo: 15-4.
- Fondo de Garantía Salarial (FOGASA):
  - Cuotas: 3-5.
- Formación profesional:
  - Cuotas: 3-5.
- Fuerzas armadas (Régimen Especial): 18-3.
- Funcionarios civiles del Estado (Régimen Especial): 18-2.
- Gestión de la Seguridad Social: 14-1.
  - Agencia de la Seguridad Social: 14-7.
  - Colaboración en la gestión de prestaciones: 14-3.
  - Colaboración en la gestión instrumental: 14-6.
  - Colaboración instrumental entre las Administraciones de Seguridad Social española y extranjeras: 17-7.
  - Gestión de prestaciones: 14-2.
  - Gestión instrumental: 14-5.
  - Prescripción y caducidad de acciones en materia de gestión de prestaciones: 14-4.
- Igualdad de mujeres y hombres: 5-4; 5-5; 8-7; 10-1.
- Incapacidad laboral transitoria (véase incapacidad temporal).
- Incapacidad permanente contributiva: 6-1.
  - Bases reguladoras: 6-5.
  - Concepto: 6-2.
  - Equipos de valoración de incapacidades (EVIs): 6-2.
  - Grados:
    - Absoluta: 6-3.
    - Gran invalidez: 6-3; 16-2; 18-2.
    - Parcial: 6-3.
    - Total: 6-3.
    - Total «cualificada»: 6-5; 9-4; 9-5; 9-6.
  - Períodos de carencia: 6-4.
  - Prestaciones: 6-5.
  - Revisiones: 6-6.
- Incapacidad temporal: 5-1.
  - Automaticidad de las prestaciones: 15-3.
  - Controles sanitarios oficiales: 5-3.
  - Duración: 5-2.
  - Oficialidad: 5-2.
  - Períodos de carencia: 5-2.
  - Subsidio:
    - Base reguladora: 5-2.
    - Pago: 5-2.
    - Porcentajes: 5-2.
- Incompatibilidades:
  - De las prestaciones de Seguridad Social: 13-6.
- Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples o IPREM: 10-4.
- Informe Beveridge: 1-3.
- Inscripción de Empresa: 3-2.
  - Variaciones de datos: 3-6.

- Inspección de Trabajo y Seguridad Social: 14-6.
- Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO): 14-2; 16-2.
- Instituto Nacional de Empleo o INEM (véase Servicio Público de Empleo Estatal).
- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA): 12-1; 14-2.
- Instituto Nacional de la Salud o INSALUD (véase Instituto Nacional de Gestión Sanitaria).
- Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS): 14-2.
- Instituto Nacional de Previsión (INP): 1-2.
  - Jurisdicción social de Previsión: 1-5.
- Instituto Social de la Marina (ISM): 14-2; 14-6.
- Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS): 18-3.
- Internet: 3-9.
- Invalidez no contributiva: 11-2.
- Invalidez permanente (véase incapacidad permanente contributiva).
- Invalidez provisional (véase incapacidad temporal).
  
- Jubilación contributiva: 7-1.
  - Edades ordinarias: 7-2.
  - Modalidades:
    - Anticipada: 7-4.
    - Flexible: 7-7.
    - Ordinaria: 7-2.
    - Parcial: 7-6.
    - Prorrogada: 7-5.
    - Retiro o jubilación de funcionarios: 18-5.
  - Pensión:
    - Base reguladora: 7-3.
    - Cálculo: 7-3.
    - Porcentaje: 7-3.
    - Períodos de carencia: 7-2.
- Jubilación no contributiva: 11-3.
  
- Lesiones permanentes no invalidantes: 6-7.
- Leyes generales de Seguridad Social:
  - Desarrollo reglamentario: 1-5.
  - Resoluciones administrativas: 1-5.
  - Normas complementarias: 1-5.
  - Primera de 1966: 1-4.
  - Segunda de 1974: 1-4.
  - Tercera de 1994: 1-4.
- Libertad subsidiada: 1-2.
  
- Maternidad: 5-4.
  - Duración: 5-4.
  - Modalidades: 5-4.
  - Solicitud: 5-4.
  - Subsidio: 5-4.
  - Pago: 5-4.
- Mejoras voluntarias: 4-1; 16-4.
- Minería del carbón (Régimen Especial): 9-2.
- Muerte y supervivencia:
  - Auxilio por defunción: 8-2.
  - En favor de otros familiares: 8-5; 18-5.
  - Indemnizaciones especiales: 8-6.
  - Orfandad: 8-4; 18-5.
  - Viudedad: 8-3; 18-5.
- Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFA-CE): 18-2.
- Mutualidad General Judicial (MUGEJU): 18-4.
- Mutualidades de Previsión Social: 16-5.
- Mutualidades Laborales (o Mutualismo Laboral): 1-3.

- Mutuas Patronales: 14-3.
  - Automaticidad de las prestaciones: 15-3.
  - Colaboración en la gestión de prestaciones: 14-3.
  - Colaboración en la gestión instrumental: 14-6.
  - Documento de asociación: 3-2.
  - Reaseguro: 15-4.
  - Regulación originaria: 1-2.
- Normas autonómicas: 1-5; 11-2; 11-3; 14-2.
- Normas internacionales: 1-5; 17-1.
- Orfandad:
  - Beneficiarios: 8-4.
  - Clases pasivas del Estado: 18-5.
  - Sujetos causantes: 8-4.
- Pacto de Toledo: 1-5.
  - Jubilación contributiva: 7-1.
  - Simplificación de Regímenes Especiales: 9-1.
  - Viudedad: 8-3.
- Paternidad: 5-4.
- Personal de la Administración de Justicia (Régimen Especial): 18-4.
- Planes y fondos de pensiones: 4-1; 16-5.
- Pluriactividad: 3-4.
- Pluriempleo: 3-4.
  - Incapacidad temporal: 5-2.
- Plus de cargas familiares: 1-3.
- Prestaciones:
  - Concurrencia de pensiones: 13-7; 17-6.
  - Embargabilidad: 13-4.
  - En especie:
    - De contenido jurídico: 8-7.
    - Sanitarias: 12-3; 12-4; 12-5.
    - Servicios sociales: 16-2.
  - Incompatibilidades: 13-6.
- Indemnizaciones:
  - Auxilio por defunción: 8-2.
  - Ayuda de sepelio para funcionarios: 8-2; 18-2.
  - Especiales por siniestros profesionales: 8-6.
  - Incapacidad permanente parcial: 6-5.
  - Incapacidad permanente total: 6-5.
  - Lesiones permanentes no invalidantes: 6-7.
  - Parto múltiple: 11-4.
  - Por nacimiento de tercer o sucesivos hijos: 11-4.
  - Subsidio por defunción de funcionarios: 8-2; 18-2.
- Intransmisibilidad: 13-2.
- Irrenunciabilidad: 13-2.
- Naturaleza jurídica: 13-2.
- Pensión máxima: 7-5; 13-5.
- Pensiones:
  - Asistenciales: 11-1.
  - Complemento para mínimos: 11-5.
  - Del SOVI: 9-1.
  - En favor de otros familiares: 8-5.
  - Incapacidad permanente contributiva: 6-5.
  - Invalidez no contributiva: 11-2.
  - Jubilación contributiva: 7-3.
  - Jubilación no contributiva: 11-3.
  - Orfandad: 8-4.
  - Revalorización: 11-5; 13-4.
  - Viudedad: 8-3.
- Pensiones mínimas: 13-5.
- Pensiones públicas: 13-7.
- Recargo: 4-5.
- Registro: 14-2.
- Responsabilidades: 15-1.
- Subsidios:
  - Asistenciales por desempleo: 10-5.
  - Contributivos por desempleo: 10-3.
  - En favor de otros familiares: 8-5.

- Incapacidad temporal: 5-2.
- Maternidad: 5-4.
- Maternidad no contributiva: 5-4.
- Para mayores de 52 años: 10-2; 10-5; 15-3; 17-3.
- Paternidad: 5-4.
- Por hijo menor a cargo: 11-4.
- Riesgo durante el embarazo: 5-5.
- Riesgo durante la lactancia natural: 5-5.
- Tributación: 13-4.
- Previsión Social: 1-3.
  
- Recaudación: 14-5.
- Régimen General: 1-5.
  - Campo de aplicación: 2-1.
  - En la primera Ley general de 1966: 1-4.
- Regímenes Especiales:
  - Agrario: 9-4.
  - Empleados de hogar: 9-3.
  - Estudiantes: 9-7.
  - Fuerzas armadas: 18-3.
  - Funcionarios civiles del Estado: 18-2.
  - Minería del carbón: 9-2.
  - Personal de la Administración de Justicia: 18-4.
  - Trabajadores del mar: 9-6.
  - Trabajadores por cuenta propia o autónomos: 9-5.
- Renta activa de inserción: 10-5.
- Responsabilidades en orden a las prestaciones: 15-1.
  - Automaticidad: 1-3; 15-3.
  - Procedimiento: 15-5.
  - Responsabilidad empresarial: 15-2.
  - Responsabilidad subsidiaria de la Administración de Seguridad Social: 15-4.
- Riesgo durante el embarazo: 5-5.
  - Duración: 5-5.
  - Subsidio: 5-5.
  - Pago: 5-5.
- Riesgo durante la lactancia natural: 5-5.
- Riesgos catastróficos: 4-1.
  
- Seguridad Social:
  - Complementaria: 16-1.
  - Concepto: 1-1.
  - Evolución histórica: 1-2; 1-3; 1-4.
  - Fondo de reserva: 1-5.
  - Gestión: 14-1.
  - Implantación del sistema: 1-4.
  - Internacional: 17-1.
  - Ley de Bases: 1-4.
  - Naturaleza jurídico-pública: 1-1.
    - Actos administrativos de encuadramiento: 3-1.
  - Niveles contributivo y no contributivo: 1-5; 11-1.
    - En desempleo: 10-2.
  - Patrimonio: 1-5.
  - Perfeccionamiento del sistema: 1-4.
  - Regulación constitucional: 1-1.
  - Relación jurídica:
    - Bipolar: 9-5.
    - Triangular: 3-1.
- Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI): 9-1.
  - Asistencia sanitaria: 12-2.
  - Creación: 1-3.
  - Incompatibilidades: 13-6.
  - Prestaciones: 9-1.
  - Sujetos causantes: 7-1.
- Seguro Total: 1-3.
- Seguros Sociales:
  - De pescadores: 1-3.
  - En la agricultura: 1-3.
  - Facultativos: 1-2.
  - Normas coordinadoras: 1-3.
  - Normas simplificadoras: 1-3.
  - Obligatorios de riesgos comunes: 1-3.
  - Obligatorios de riesgos profesionales: 1-3.
- Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo: 15-4.



- Servicio Público de Empleo Estatal: 14-2.
- Servicios Sociales: 16-2.
- Sistema Delt@: 4-4.
- Sistema Nacional de Salud (véase Asistencia sanitaria).
- Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD): 16-2.
- Sistema RED: 3-9.
- Situaciones asimiladas a la de alta: 3-8.
- Situaciones de necesidad: 1-1.
  
- Tarifa: 3-5.
- TCs: 3-5.
- Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS): 3-2; 3-3; 3-4; 3-5; 3-6; 3-7; 3-9; 14-1; 14-5; 14-6; 15-4.
- Tipos de cotización: 3-5.
  - Por accidente de trabajo y enfermedad profesional: 3-5.
- Trabajadores autónomos económicamente dependientes: 9-5
- Trabajadores del mar (Régimen Especial): 9-6.
- Trabajadores por cuenta ajena: 2-3.
  - Asimilados: 2-3.
  - Clérigos diocesanos: 2-3.
  - Marginales: 2-3.
- Trabajadores por cuenta propia o autónomos (Régimen Especial): 9-5.
- Trabajo a tiempo parcial:
  - Bases de cotización: 3-5.
  - Incapacidad temporal: 5-2.
  - Períodos de carencia: 3-5.
  
- Tributación:
  - De las prestaciones de Seguridad Social: 13-4.
  - En caso de transformación de pensiones: 6-4.
  
- Unidades familiares:
  - Familias numerosas: 8-1.
  - Parejas de hecho oficiales: 8-1; 8-3; 18-5.
  - Asistencia sanitaria: 12-2.
  - Protección contributiva: 8-1.
  - Protección no contributiva: 11-4.
- Universidades públicas:
  - Catedráticos y titulares: 18-2; 18-5.
  - Personal de administración y servicios: 18-2.
  - Profesorado incluido en el Régimen General: 2-3.
  
- Violencia de género:
  - Ayudas sociales: 11-1.
  - Contingencia de desempleo: 10-3.
  - Cotización por desempleo: 10-4.
  - Pensión de orfandad: 8-4.
  - Pensión de viudedad: 8-3.
  - Período de cotización efectiva: 3-5.
  - Servicios sociales: 16-2.
  - Situación asimilada a la de alta: 3-8.
- Viudedad:
  - Beneficiarios: 8-3.
  - Clases pasivas del Estado: 18-5.
  - Prestación temporal: 8-3.
  - Sujetos causantes: 8-3.
  - Unicidad de la pensión: 8-3.