

**JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES**

*Administrador Superior del Estado*

*Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social*

**Extracto:**

**EL** presente comentario aborda el examen de las novedades introducidas por la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, en materia de revalorización de pensiones y cotización para este año, así como el estudio de las modificaciones realizadas por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social sobre el campo de aplicación, recaudación, prestaciones y gestión en el sistema de la Seguridad Social, así como en el ámbito de la protección por desempleo.

Asimismo, se recogen las novedades introducidas por la Orden de 26 de enero de 1998, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para 1998, y por el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social.

---

## Sumario:

---

- I. Novedades incluidas en la Ley 65/1997, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.
  1. La revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para 1998.
  2. Novedades en materia de cotización a la Seguridad Social y demás contingencias de recaudación conjunta, para 1998.
  3. Otros aspectos contenidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998.
  
- II. Las novedades legislativas, en materia de Seguridad Social, incorporadas en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
  1. Modificaciones en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.
  2. Modificaciones en el ámbito de la recaudación de los recursos de la Seguridad Social.
  3. Modificaciones en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social.
  4. Modificaciones en el ámbito de la gestión de la Seguridad Social.
  5. Modificaciones en el ámbito de la protección por desempleo.

Siguiendo el precedente de ejercicios económicos anteriores, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998 (1), así como la, por tercera vez consecutiva, denominada Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (2), introducen determinadas modificaciones que afectan de forma directa a la Seguridad Social (3). Ahora bien, así como la mayor parte de las modificaciones incluidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado tienen básicamente una vigencia temporal (4), por el contrario, la Ley 66/1997 introduce innovaciones normativas, de vigencia intertemporal (5), que afectan a todo un cúmulo de instituciones jurídicas de la Seguridad Social, como son su campo de aplicación, la recaudación de las cotizaciones sociales, la normativa reguladora de diferentes prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, la gestión de las propias prestaciones o las normas conformadoras de las entidades privadas que colaboran en la gestión de la Seguridad Social.

- 
- (1) Ley 65/1997, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre).
  - (2) Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre).
  - (3) Aunque ambas Leyes contienen medidas que afectan al sistema de la Seguridad Social en su sentido amplio, es decir, incluyendo a los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos (Régimen de Clases Pasivas, así como a las Mutualidades Generales de Funcionarios de la Administración del Estado -MUFACE-, Instituto Social de las Fuerzas Armadas -ISFAS- o Mutualidad General de Funcionarios de la Administración de Justicia -MUGEJU-), el presente trabajo se contrae únicamente a aquellos Regímenes de la Seguridad Social que caen bajo la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
  - (4) Las materias relacionadas con la Seguridad Social, incluidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, se centran básicamente en los aspectos de revalorización de las pensiones de la Seguridad Social y otras prestaciones públicas, así como en la determinación de las cotizaciones a la Seguridad Social, y demás contingencias de recaudación conjunta, para el referido ejercicio.  
No obstante, también la Ley de Presupuestos contiene algún precepto -incluido a través de las disposiciones adicionales- cuya vigencia trasciende la del propio ejercicio económico, como puede ser el caso de las disposiciones adicionales decimoséptima -establecimiento de un plazo para la elaboración y promulgación de una nueva tarifa de primas de cotización por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales- o la disposición adicional vigesimoprimera -sobre ampliación de la moratoria para el pago de deudas con la Seguridad Social, por parte de determinadas Instituciones Sanitarias-.
  - (5) Tras un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de la Ley de Presupuestos, en el sentido de si la misma tenía o no carácter material de Ley, más allá de su carácter formal, el Tribunal Constitucional entendió (véase, entre otras, las Sentencias 27/1981 ó 65/1987) que la citada Ley, en correspondencia con su naturaleza material, podía incluir no sólo los compromisos de gastos autorizados y la previsión de ingresos que dieran cobertura a tales gastos, sino también

## I. NOVEDADES INCLUIDAS EN LA LEY 65/1997, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1998

Las novedades que, en materia de Seguridad Social, contiene la Ley de Presupuestos Generales del Estado son escasas (6) y, salvo algunos aspectos, son reproducción, actualizada, de disposiciones contenidas en Leyes de Presupuestos de ejercicios anteriores.

---

aquellas otras materias que, de manera directa o indirecta, incidiesen en la política económica, cuyo reflejo básico lo constituyen los Presupuestos de las Administraciones Públicas, bien por afectar al nivel de gasto autorizado o por ser un mecanismo esencial para lograr los ingresos previstos, constituyendo de esta forma «un vehículo de dirección y orientación de la política económica». En tal sentido, la Ley de Presupuestos, para el Tribunal Constitucional, tiene un contenido mínimo, necesario o indispensable, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario y eventual, que puede afectar a materias distintas de ese núcleo central o esencial, constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de los gastos.

Estas afirmaciones del Tribunal Constitucional fueron entendidas en un sentido amplio (como corolario de ello, puede analizarse el preámbulo de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988), lo que dio origen a que, a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se incluyese todo un conjunto de medidas normativas, bajo el «paraguas» de que las mismas tenían incidencia en los gastos o ingresos del ejercicio económico.

Frente a esa tendencia -que tiene su mayor reflejo en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los ejercicios 1988 a 1992, ambos inclusive- reaccionó el propio Tribunal Constitucional -véase la importante Sentencia 76/1992, cuyos criterios han sido seguidos por otras posteriores-, estableciendo un límite al contenido de las propias Leyes de Presupuestos Generales del Estado, de modo que las disposiciones que pueden ser incluidas en dicha clase de Ley, y que no pertenezcan a ese núcleo mínimo y necesario, han de reunir indefectiblemente dos condiciones básicas: en primer lugar, la conexión de la materia con el propio contenido de una Ley de Presupuestos, conexión que debe ser directa con los gastos autorizados y los ingresos previstos; en segundo lugar, que exista una justificación objetiva de esa inclusión, en cuanto que, de ser injustificada, supondría una restricción ilegítima a las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda, sin base jurídica suficiente, y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a las consecuencias que implica una regulación de tales características.

La Sentencia 76/1992 provocó que el contenido de la Ley de Presupuestos volviese a sus cauces ordinarios, limitándose a incluir las previsiones de gastos e ingresos, así como otras materias que cumplieren las exigencias señaladas por el Tribunal Constitucional. Sin embargo y, a partir del ejercicio de 1993 -el siguiente a la sentencia del Tribunal Constitucional-, la Ley de Presupuestos va «acompañada» por una Ley «paralela», en la que se incluyen toda una serie de disposiciones, guarden o no relación directa con la Ley de Presupuestos.

La continuación de esta práctica y, sobre todo, el contenido que va adquiriendo la Ley de «acompañamiento» -en algunas se modifican hasta 50 disposiciones legales- ha llevado a la doctrina a dudar sobre la propia constitucionalidad de esta clase de Ley, ya que al tramitarse en paralelo con la Ley de Presupuestos, podría incurrir en los vicios de inconstitucionalidad apuntados por el Tribunal Constitucional, en cuanto que merma las facultades de examen y enmienda de las Cortes, al tiempo que afecta a la seguridad jurídica.

- (6) El hecho de que las novedades normativas en materia de Seguridad Social, incluidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998, se califiquen de escasas no implica, por el contrario, que no tengan una importancia esencial. Piénsese que, a través de ellas, se regula la cuantía en 1998 de las pensiones públicas causadas a 31 de diciembre de 1997 -lo cual afecta a más de 7 millones de pensionistas- o se determinan las cuotas a abonar a la Seguridad Social y otras contingencias de recaudación conjunta (desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional) por parte de las personas afiliadas y en alta en la Seguridad Social, a través de sus distintos Regímenes, lo cual tiene incidencia en millones de cotizantes.

## 1. La revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para 1998.

La revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para el ejercicio 1998 es objeto de regulación en los artículos 37 a 43 de la Ley 65/1997, así como a través de la disposición adicional decimosexta.

Mediante tales preceptos se establece una actualización de las pensiones de la Seguridad Social en función de las previsiones de incremento del IPC para 1998, es decir, en el 2'1 por 100, cumpliendo de esta forma las reglas contenidas en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (en adelante TRSS), en la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social (7).

Esta revalorización afecta a todas las pensiones del sistema de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva, incluidos el tope máximo de percepción de pensión pública o las pensiones mínimas (así como al límite de ingresos que incompatibiliza con la percepción de complementos de pensión), como a las pensiones de vejez e invalidez de la modalidad no contributiva, o a las pensiones del extinguido Seguro de Vejez e Invalidez.

---

(7) El artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social fue objeto de nueva redacción a través del artículo 11 de la Ley 24/1997, de 15 de julio. En el mismo, se establece que las pensiones de la Seguridad Social se revalorizarán, al comienzo de cada ejercicio económico, en función del correspondiente IPC previsto para cada año, estableciendo las consecuencias de que el IPC real, en el ejercicio a que se refiriese la revalorización, sea superior o inferior al inicialmente practicado.

En el primero de los supuestos, la diferencia de inflación deberá ser tenida en cuenta en la revalorización del ejercicio siguiente, además de abonar a los pensionistas las cuantías no percibidas. En el segundo -evolución del IPC menor que el practicado en la revalorización- el propio artículo 48 TRSS prevé que las diferencias resultantes se compensasen, a través de la absorción de las cantidades percibidas en exceso en la revalorización que correspondiese aplicar en el siguiente ejercicio económico. (Nótese que en el tenor literal del apartado 1.3 del artículo 48 TRSS, en lugar del ejercicio económico se alude al «ciclo económico»).

La entrada en vigor de la Ley 24/1997, en fecha de 5 de agosto de 1997, y el hecho de que el IPC real correspondiente al ejercicio 1997 fuese inferior al practicado, al comienzo de año, en la revalorización de ese ejercicio, planteó la duda sobre si, en la revalorización del ejercicio de 1998, podía ser de aplicación lo previsto en el apartado 1.3 del artículo 48, en el sentido de que el exceso de revalorización practicada en 1997 fuese absorbida en el ejercicio 1998.

Aunque, se estima que una aplicación de la Ley 24/1997 a la revalorización de 1997, con consecuencias en 1998, no tiene efectos retroactivos directos, por cuanto que, en todo caso, la cuantía percibida en 1997 no hubiese sido nunca objeto de reducción, sino que la absorción se hubiese practicado en la revalorización del ejercicio 1998, con lo cual no se hubiese afectado a un derecho consolidado, a un derecho que hubiese entrado en el patrimonio del pensionista, sin embargo, la aplicación de las previsiones de la Ley 24/1997 en la revalorización de 1998, sí hubiese tenido una retroactividad «indirecta», en cuanto que estaría afectando a una revalorización de pensión practicada conforme a una legislación -la vigente a 1.º de enero de 1997- en la que no se contemplaba una minoración del incremento de pensión del ejercicio siguiente, en el caso de que el porcentaje de revalorización de las pensiones practicado al comienzo de 1997 resultase superior a la evolución del IPC realmente producida a lo largo del ejercicio.

La Ley de Presupuestos «parece inclinarse» por esta segunda alternativa, en cuanto que la revalorización de las pensiones públicas para 1998 se aplica conforme a las previsiones del IPC, para dicho ejercicio, sin que exista ninguna clase de absorción o compensación por las desviaciones producidas en 1997.

En esta materia, y frente al contenido de otras Leyes de Presupuestos Generales del Estado, señalar los aspectos novedosos:

- En primer lugar, existe un reforzamiento de la garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a lo largo de 1998, de conformidad con el contenido de la disposición adicional decimosexta (8). Jurídicamente, el contenido de esta disposición adicional decimosexta podría estimarse innecesario, en cuanto que esa garantía del poder adquisitivo de las pensiones, así como el procedimiento para hacerla efectiva está ya contenida en el artículo 48 TRSS, sin que, a partir del 1.º de 1998, deban surgir dudas similares a las que se manifestaron respecto a la revalorización practicada en 1997 (9).
- Aunque, en general, los importes de las pensiones mínimas se actualizan, con referencia a las cuantías vigentes a 31 de diciembre de 1997, en el 2'1 por 100, porcentaje equivalente al incremento previsto del IPC en dicho ejercicio, sin embargo, existe la singularidad de una nueva clase de pensión mínima, en favor de perceptores de pensión de viudedad, cuyos beneficiarios tengan menos de 60 años y cargas familiares, cuya cuantía, respecto a la vigente en 1997, experimenta una subida del 11'67 por 100, incremento superior al establecido con carácter general para las pensiones mínimas, y que tiene como finalidad que las cuantías de esta nueva clase de pensión se equiparen, en el plazo de tres años, a los importes de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con edades comprendidas entre los 60 y los 64 años (10).

---

(8) La citada disposición adicional decimosexta de la Ley 65/1997 textualmente dispone: «se garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas durante 1998».

(9) Por lo que se refiere a las pensiones del Régimen de Clases Pasivas, el artículo 61 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, da nueva redacción al artículo 27 del Texto Refundido de la Legislación de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, introduciendo, respecto a la actualización de las pensiones de este Régimen, los mismos criterios contenidos en el artículo 48 TRSS.

Por tanto, también las pensiones del citado Régimen se actualizarán, al comienzo de cada año, en el mismo porcentaje que el establecido en las previsiones de evolución del IPC, con idénticas consecuencias que las señaladas para las pensiones de la Seguridad Social, cuando la evolución real del IPC a lo largo del año difiere de las previsiones aplicadas, inicialmente, en la revalorización de las pensiones.

(10) La nueva clase de pensión mínima responde a las previsiones de la disposición adicional séptima bis, incorporada al TRSS, por la Ley 24/1997, de 15 de julio. De acuerdo con la misma, las cuantías de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 60 años, en los términos que reglamentariamente se establezcan, cuando sin superar los requisitos cuantitativos de rentas fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para causar derecho a los complementos a mínimos, los interesados no alcancen un determinado límite de rentas y, en atención a sus cargas familiares, se equiparán, de modo gradual y en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, a los importes de dicha clase de pensión para beneficiarios con edades entre los 60 y 64 años. El Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, regula, en su artículo 8.º, las condiciones que han de cumplir los interesados para ser beneficiarios de esta nueva clase de pensión mínima.

- Por último, el artículo 42 de la Ley 65/1997, referido a las cuantías de las pensiones mínimas, así como al establecimiento de los requisitos para su reconocimiento, introduce una ligera modificación respecto a la regulación precedente, al señalar que su percepción requiere que el beneficiario no disponga de «*ingresos*», cuya cuantía no sobrepasen un determinado límite, frente a lo establecido en la Ley vigente en el año 1997, en la que se hacía referencia a un determinado límite de «*rentas*».

El cambio va más allá de una determinada modificación terminológica, en cuanto que, al no establecerse ninguna precisión adicional ni en la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado, ni en el Real Decreto que desarrollaba las previsiones legales, surgía la duda de qué rentas se tenían en cuenta a efectos de la percepción de los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, es decir, si los ingresos deberían ser considerados en su importe bruto o, por el contrario y ateniéndose a la legislación fiscal, únicamente podían considerarse los ingresos o rendimientos netos, dado el tenor literal del artículo 2.º de la Ley 18/1981.

Cualquier duda queda despejada con la Ley 65/1997, puesto que, en principio, deben considerarse los ingresos brutos, salvo que, en las normas reglamentarias y dada la habilitación legal existente en el artículo 42 de la mencionada Ley, se disponga expresamente otra cosa. Las previsiones legales aparecen desarrolladas en el Real Decreto 1/1998, de 9 de diciembre (11).

## **2. Novedades en materia de cotización a la Seguridad Social y demás contingencias de recaudación conjunta, para 1998.**

El artículo 89 de la Ley 65/1997 establece, con efectos de 1.º de enero de 1998, las cotizaciones a la Seguridad Social y demás contingencias de recaudación conjunta -desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional-, con ligerísimas variaciones respecto a la regulación de 1997, salvo las que se derivan de la actualización de las bases de cotización. Las modificaciones introducidas son las siguientes:

- 
- (11) El artículo 5.º del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre Revalorización de las pensiones de la Seguridad Social, establece expresamente reglas para la determinación de los ingresos, a efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos.
- En tal sentido, deberán computarse los ingresos brutos, salvo el importe de la pensión a complementar, con las siguientes matizaciones:
- a) En lo que se refiere a los ingresos del trabajo, los mismos se computarán en sus importes netos;
  - b) Los ingresos derivados del capital se tomarán en su valor bruto, sin que se computen los ingresos derivados de la vivienda habitual, y
  - c) Los ingresos que deriven del ejercicio de actividades económicas o profesionales, incluidas las agrarias, se tomarán en su importe neto.

### 2.1. Bases de cotización.

Como regla general, las bases de cotización (12) se actualizan en función de la evolución prevista del IPC, es decir, en el 2'1 por 100, salvo en los siguientes supuestos:

- Las bases máximas de cotización correspondientes a los grupos de cotización 5 al 11, se actualizan en un 7'17 por 100, respecto a los importes establecidos en 1997. Este incremento se orienta al cumplimiento de las previsiones contenidas en la disposición transitoria decimoquinta TRSS, sobre fijación de un tope máximo de cotización, aplicable a todas las categorías y en la cotización a las distintas contingencias (13).
- Las bases únicas de cotización aplicables en la cotización de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario y en el Régimen de Empleados de Hogar, así como la base mínima de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se incrementan en el 4 por 100 (14).

---

(12) Para un análisis de la determinación de las bases de cotización a la Seguridad Social, en función de las últimas modificaciones legales, véase SENDIN BLÁZQUEZ, A.: «Base de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social según el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre». *Tribuna Social*. Diciembre 1997.

(13) Tradicionalmente y a pesar de las previsiones que ya contenía el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, ha existido una diferencia en la determinación de las bases de cotización, según fuese la contingencia a la que se cotizaba. Mientras que en la cotización a efectos de las contingencias profesionales, existía un tope máximo (es decir, un límite a partir del cual las cantidades salariales que excediesen del mismo no quedaban sujetas a cotización), aplicable a la cotización de todos los trabajadores, por el contrario, en la cotización en las contingencias denominadas comunes (es decir, las que no guardan relación con el accidente de trabajo o enfermedad profesional), los salarios quedaban limitados, en orden a su cotización, por la aplicación de unos límites máximos, cuyos importes eran distintos según las categorías de los trabajadores, de modo que, en la práctica, existían 12 límites distintos. A partir del año 1989, se fueron introduciendo medidas que tuvieron como finalidad ir produciendo una equiparación progresiva de esos límites de cotización, límites que, ya en el año 1995, habían quedado reducidos a dos. La necesidad de que, en todos los supuestos, los salarios coincidiesen con las bases de cotización, hasta un determinado límite, aplicable en el sistema de la Seguridad Social y para todos los trabajadores, se contiene en el «Pacto de Toledo» -Recomendación 3.<sup>a</sup>-, y fue objeto de inclusión legal en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social. El artículo 3.º de la citada Ley introduce, en el TRSS, la disposición transitoria decimoquinta, mediante la que se establece que las bases máximas de cotización, aplicables a la cotización por contingencias comunes, deberá coincidir, en todos los grupos de cotización, con el tope máximo de cotización. En orden a la consecución de este objetivo, se prevé un proceso de equiparación de tales cuantías, en los términos que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que en el año 2002 se logre la indicada equiparación.

(14) El incremento superior a la evolución del IPC, en la determinación de las bases de cotización aplicables a determinados Regímenes Especiales -que sigue el precedente de ejercicios anteriores- se enmarca en las Recomendaciones del «Pacto de Toledo», en las que se aboga por una equiparación del esfuerzo de cotización en los Regímenes Especiales, de modo que se consiga una asimilación, en términos homogéneos, de la cotización cuando el nivel de protección sea similar.



- De igual modo, experimentan incrementos superiores a la variación esperada del IPC las bases máximas de cotización aplicables a determinados colectivos que, procedentes de Regímenes Especiales extinguidos, fueron incorporados al Régimen General, en virtud del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, como son los representantes de comercio, los artistas o los profesionales taurinos. Para estos colectivos se incrementan las bases de cotización en porcentajes que varían, según las categorías profesionales y los grupos de cotización en que las mismas estén encuadrados, entre el 4 por 100 y el 19 por 100, dentro del objetivo de que dichas bases máximas se equiparen a los importes establecidos, con carácter general, en los distintos grupos de cotización en que los mismos estén encuadrados (15).

## 2.2. Tipos de cotización.

Los tipos de cotización no experimentan ninguna modificación, manteniéndose los mismos porcentajes vigentes en el año 1997. Únicamente, el punto 2.1 del apartado Nueve del artículo 89 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado establece unas previsiones, en lo que se refiere a la cotización por desempleo, si bien difiere su regulación a las disposiciones reglamentarias que puedan dictarse. La Ley de Presupuestos faculta al Gobierno para que pueda establecer un recargo transitorio de los tipos de cotización al desempleo, si bien esa facultad queda limitada por las siguientes premisas:

- El recargo tendrá el límite máximo de 1 punto (16), repartiéndose dicho recargo en la misma proporción que el tipo de cotización por desempleo entre empresa y trabajador (17).
- El recargo tiene como finalidad atender el mayor gasto que, en la protección por desempleo, se produce por las consecuencias derivadas de la rotación, asociada a los contratos temporales.

---

(15) El Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se procedió a la integración de determinados Regímenes Especiales, previó para el colectivo de los representantes de comercio, artistas y profesionales taurinos (colectivos que, procedentes de distintos Regímenes Especiales, se integraban en el Régimen General) unas bases máximas de cotización de importe más reducido que las previstas en los distintos grupos de cotización del Régimen General en que quedaron encuadradas las distintas categorías profesionales de los colectivos indicados. De igual modo, se previó un período progresivo de equiparación de las mencionadas bases máximas, período que finalizaría en el año 1990 para los representantes de comercio y los profesionales taurinos y en 1997, en lo que concernía a los artistas. No obstante, todavía en el ejercicio 1998 no se ha producido esa equiparación, si bien los porcentajes de incremento de las bases máximas aplicables a tales categorías, indica que ese proceso continúa, aunque sea a «menor ritmo» del inicialmente previsto.

(16) Dado que el tipo de cotización al desempleo está fijado, con carácter general, en el 7'8 por 100, la cotización al desempleo podría quedar fijado, como máximo, en 8'8 por 100.

(17) El reparto actual del tipo de cotización entre empresa y trabajador es el siguiente: el 78'2 por 100, corre a cargo de la empresa, mientras que 21'9 por 100 lo es por cuenta del trabajador. En el supuesto de que el recargo que, eventualmente, pudiera establecerse fuera de 1 punto, 0'80 por 100 incrementaría la cotización por cuenta del empresario, que pasaría a ser del 7 por 100, mientras que el 0'20 por 100 lo sería del trabajador, con lo que la cuota total por desempleo a su cargo se situaría en el 1'8 por 100.

- Finalmente, en las normas reglamentarias podrán establecerse las excepciones en la aplicación del recargo, excepciones que, en todo caso, deberán incluir a los contratos formativos (18), y la contratación con minusválidos.

### 2.3. Otros aspectos en materia de cotización.

El artículo 89 de la Ley 65/1997, contiene algunas ligeras modificaciones, en otros ámbitos, como son:

- *Determinación de las bases de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en la modalidad de «pesca a la parte».* El apartado Seis del artículo 88 introduce algunas modificaciones en la cotización señalada, variando la forma de determinación de las bases de cotización de los trabajadores, incluidos en el Grupo II (trabajadores que prestan servicios en embarcaciones de entre 10 y 150 Tm) que, frente a la regulación precedente -cotización por salarios reales, aplicando las normas genéricas de cotización de los trabajadores por cuenta ajena-, pasan a determinarse mediante «bases fijas», establecidas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (19).
- *Fijación de la cuota a abonar en los contratos para la formación.* Siguiendo el precedente del año 1997, el apartado Diez del artículo 89 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado fija la cuota a abonar en los contratos para la formación (así, como de los contratos de aprendizaje que, suscritos con anterioridad al 17 de mayo de 1997, sigan vigentes).

(18) Los contratos formativos, en su actual configuración, aparecen en la legislación laboral a través del Real Decreto-Ley 8/1997 (posteriormente sustituido por la Ley 63/1997) y engloba tanto a los contratos en prácticas, como a los contratos para la formación.

(19) Tradicionalmente, en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, y retribuidos en la modalidad de «pesca a la parte», la misma giraba en función de unas bases fijas, aprobadas por, provincias pesqueras, por las Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo y a propuesta de las Direcciones Provinciales del Instituto Social de la Marina.

Las dudas legales de esta práctica, y en particular, tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Legislación del Régimen Especial del Mar, aprobado por Real Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, así como determinadas sentencias de los Tribunales, llevaron a una nueva regulación de la cotización de tales trabajadores, los cuales pasaron a cotizar como el resto de los trabajadores por cuenta ajena, salvo en lo que se refiere a los trabajadores incluidos en el Grupo III (trabajos realizados en buques de menos de 10 Tm), para los que se mantuvo el anterior. Una vez finalizado el proceso paulatino y, por tanto, de plena aplicación de la cotización conforme a las reglas generales, se vuelve ahora a la situación anterior, en lo que respecta a los trabajadores del Grupo II, aunque la propia Ley, y frente a la indeterminación anterior, establece la regla de que las bases que se fijen para el año 1998, tomarán como marco de referencia los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

La diferencia de las cuantías que la norma citada establece entre los contratos para la formación y de aprendizaje, únicamente afecta a la cotización por contingencias comunes (20), y está relacionada con el distinto nivel de protección dispensado en una y otra modalidad de contratación, en cuanto que en el primero se tiene derecho a las prestaciones por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, mientras que los segundos carecían de la misma (21).

### 3. Otros aspectos contenidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998 introduce algunas otras modificaciones en otras materias de Seguridad Social que, en síntesis, son las siguientes:

#### 3.1. Actualización de determinadas prestaciones sociales públicas.

Además de las pensiones a la Seguridad Social, la Ley 65/1997 actualiza determinadas prestaciones sociales públicas, como son las asignaciones económicas por hijo a cargo minusválido y mayor de 18 años, aplicando a los importes vigentes en 1997 el mismo porcentaje de incremento

---

(20) Para los contratos para la formación, la cuota se fija en 4.584 ptas./mes, mientras que en los contratos de aprendizaje, esa cuota es de 3.742 ptas./mes.

(21) El artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/1997 (posteriormente derogado y sustituido por la Ley 63/1997), previó que los contratados para la formación (que venían a sustituir a los contratos de aprendizaje) tendrían derecho, entre otras prestaciones, a las derivadas de incapacidad temporal por contingencias comunes.

No obstante, la disposición transitoria cuarta del citado Real Decreto-Ley facultó al Gobierno para dictar las normas reglamentarias en orden a la regulación de las prestaciones económicas de incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes, precisando que el derecho efectivo a las mismas se efectuaría en la fecha en que se promulgaran esas disposiciones reglamentarias.

Toda vez que, hasta la fecha no se han promulgado esas disposiciones reglamentarias y, consecuentemente, no se ha hecho efectivo el derecho a la prestación de la incapacidad temporal, sorprende que, con efectos de 1.º de enero de 1998, se haya diferenciado la cotización en los contratos para la formación y en los correspondientes a los de aprendizaje. No obstante, la Orden de 26 de enero de 1998, por la que se desarrollan las normas a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, aclara que, mientras no se aprueben las normas reglamentarias a que hace referencia la transitoria cuarta de la Ley 63/1997, en lo que se refiere a la cotización de los contratos para la formación se aplicarán las reglas previstas para los contratos de aprendizaje.

aplicado a las pensiones, el 2'1 por 100 (22). También es objeto de actualización, aplicando el porcentaje señalado, el límite de ingresos que incompatibiliza para la percepción de las asignaciones económicas por hijo a cargo (23).

Por el contrario, y otro ejercicio económico más, permanecen congelados en las cuantías vigentes en el año 1991, los importes de los subsidios económicos de la LISMI (24), de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, así como las pensiones asistenciales (25).

### *3.2. Establecimiento de una nueva prima a efectos de la cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*

La disposición adicional decimoséptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado faculta al Gobierno para que establezca, en el plazo de un año, una nueva tarifa de accidentes de trabajo, reproduciendo, de esta forma y con rango suficiente, un mandato ya contenido en el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (26).

La habilitación legal al Gobierno se rodea de una serie de principios, que han de orientar la elaboración y el contenido de la citada tarifa. En primer lugar, su **finalidad**: la nueva tarifa ha de incentivar la prevención y contribuir a la reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermeda-

- 
- (22) La actualización de las asignaciones económicas por hijo a cargo en 1998 se recoge en la disposición adicional tercera de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre.
- (23) La actualización de este límite de ingresos es consecuencia obligada de lo establecido en el apartado a) del artículo 181 TRSS, que prevé la actualización del indicado límite, con periodicidad anual y a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto a la cuantía del ejercicio anterior, al menos, en el mismo porcentaje que dicha Ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social. La actualización, para 1998, del indicado límite se contiene en el apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley 65/1987.
- (24) Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
- (25) Tanto los subsidios económicos de la LISMI, como las pensiones asistenciales, se mantienen vigentes, con carácter transitorio, para quienes venían percibiéndolas con anterioridad, respectivamente, a la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas o de la Ley 28/1992, de 28 de octubre. Los importes de los subsidios y pensiones señaladas, para 1998, se contiene en la disposición adicional cuarta de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre.
- (26) La disposición final tercera del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y con efectos de 1.º de enero de 1996, previó que se aprobase una nueva tarifa de accidentes de trabajo en el plazo de dos años, plazo que finalizó el 1.º de enero de 1998. Ahora bien, dados los criterios emanados de distintas sentencias del Tribunal Supremo sobre la calificación jurídica de las cotizaciones sociales, y su conceptualización como prestaciones patrimoniales de carácter público y, por tanto, sometidas al principio de reserva de Ley, surgía la duda sobre la posibilidad de que, mediante disposición reglamentaria y sin habilitación legal, pudiesen establecerse las cotizaciones a efectos de contingencias profesionales. Cualquier duda queda despejada con el contenido de la disposición adicional decimoséptima de la Ley 65/1997, a través de la cual se establece una habilitación en el indicado aspecto.

des profesionales; en segundo, su **contenido**, puesto que necesariamente deberán contemplar los factores y los resultados, en base a los cuales se fijan las respectivas cuotas; por último, su **cuantía**, ya que, precisamente a esos factores y resultados, la cuotas que se contemplen en la tarifa, con carácter de básicas, podrán ser objeto de reducción o incrementarse (27).

## **II. LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS, EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, INCORPORADAS EN LA LEY DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL**

Como se ha indicado anteriormente, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, contiene una serie de preceptos (en total 20), mediante los que se introducen importantes modificaciones en la legislación de Seguridad Social, y que afecta a su campo de aplicación, a la recaudación de las cotizaciones sociales, a la regulación jurídica de determinadas prestaciones económicas, a la gestión, así como al marco normativo que define determinadas entidades privadas que colaboran en la gestión de la Seguridad Social.

A efectos del análisis de las modificaciones legislativas, se ha optado por efectuarlo mediante la agrupación de aquéllas en las materias indicadas, más que por el orden en que figuran en la propia Ley, puesto que la primera de las alternativas permite ofrecer una mayor panorámica del sentido y efectos de las modificaciones.

### **1. Modificaciones en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.**

En este ámbito, las modificaciones introducidas afectan, con mayor o menor incidencia, a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los extranjeros que residen o se encuentran legalmente en España; a la inclusión de los administradores y de los socios de las sociedades capitalistas en la Seguridad Social y al Régimen de encuadramiento de los socios trabajadores de las cooperativas.

---

(27) La posibilidad de que las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puedan ser objeto de incremento o de reducción está ya contemplado en la legislación vigente. En tal sentido, el apartado 2 del artículo 108 TRSS prevé que puedan establecerse recargos en las cotizaciones respectivas, en relación con las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, recargos que estarán en función de la peligrosidad de la actividad o de los trabajos, así como la eficacia en los medios de prevención utilizados.

De igual modo, el apartado 3 del mismo artículo establece la posibilidad de que las primas puedan reducirse, hasta en un 10 por 100, para las empresas que se distingan en el uso de medios eficaces de prevención; en sentido contrario, la cuantía de las primas podrán ser objeto de un incremento, de hasta un 20 por 100, para las empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo. Esta previsión legal se desarrolla, ligeramente, en la disposición adicional segunda del Reglamento de Colaboración de las Mutuas, en cuyo apartado 2 se contiene la forma de llevar a cabo el incremento o la reducción.

### 1.1. La inclusión de los trabajadores extranjeros en la Seguridad Social.

El artículo 44 de la Ley 66/1997, y bajo la rúbrica de «¿asistencia a extranjeros?», procede a la modificación del inciso primero, apartado 1, del artículo 7.º TRSS. El citado inciso ya había sido objeto de nueva redacción, sobre la original, a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (28), modificación que tuvo como finalidad acabar con la diferenciación que se producía, en el ordenamiento de la Seguridad Social, respecto a la inclusión de extranjeros que residiesen o se encontrasen legalmente en España, ejerciendo una actividad lucrativa, por el hecho de que esa actividad lo fuese por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los trabajadores por cuenta ajena, bien por el juego de lo establecido en la legislación interna, como por aplicación de normas de carácter internacional o, incluso, por la aplicación del principio de reciprocidad, quedaban incluidos en la Seguridad Social. Ello no se producía, por el contrario, respecto a los trabajadores por cuenta propia, en los que a falta de disposición expresa o del hecho de no poder aplicar el juego de la reciprocidad -expresa o tácita-, podía darse el caso de personas de nacionalidad extranjera que, residiendo o encontrándose legalmente en España y ejerciendo una actividad por cuenta propia, quedaban excluidos del sistema de la Seguridad Social. La nueva redacción del artículo 7.º 1, operada por la Ley 13/1997, de 30 de diciembre, terminó con esa diferenciación.

La nueva redacción del artículo 7.º 1 TRSS no introduce ninguna modificación sustancial, puesto que únicamente se limita a una mejora técnica de redacción, que facilite la comprensión del mismo, añadiendo a la redacción anterior y al final del párrafo el inciso «...y estén incluidos en los apartados siguientes».

### 1.2. El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores y socios de las sociedades capitalistas.

#### ANTECEDENTES

La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 establece reglas para la determinación del encuadramiento de las personas que ejercen funciones de administradores en las socie-

---

(28) Un estudio sobre la incidencia de la modificación del artículo 7.º TRSS por la Ley 13/1996 se encuentra en GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Apuntes sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 2. Madrid. 1997.

Para un análisis de las modificaciones introducidas, en materia de Seguridad Social, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, puede consultarse PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social». *Relaciones Laborales*. Núm. 4. Madrid. 1997.

dades capitalistas o de las que, aun ejerciendo actividades para la sociedad, ostentan capital social en las mismas, dilucidando de esta forma una cuestión de amplio debate jurídico, jurisprudencial y doctrinal, y que había tenido, sin duda, consecuencias sociales importantes (29).

Antes de analizar el contenido de la nueva disposición, tal vez resulte oportuno efectuar unas consideraciones, siquiera sean breves, sobre la situación anterior de las personas señaladas, en su relación con la Seguridad Social. Como ha señalado algún autor (30), la cuestión del encuadramiento de los administradores fue un tema pacífico, al menos hasta el año 1991, en cuanto que se aceptaba que los administradores activos de las sociedades mercantiles quedasen encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social e, incluso, era la propia Administración la que forzaba a su afiliación o alta en el indicado Régimen.

Este planteamiento comienza a ser alterado a partir del año 1991, entre otros motivos, por una modificación de los criterios del Tribunal Supremo, que empezó a entender que la relación que unía a los administradores societarios con la sociedad no tenía naturaleza laboral (31). Para el citado Tribunal, Sala 4.ª y a partir de la Sentencia de 21 de enero de 1991, la relación que vincula al administrador único con la sociedad es de naturaleza mercantil o societaria, y no laboral, ni siquiera con carácter especial, en tanto que queda excluida de este ámbito por el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores (32), sin que pudiera ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1 a) de dicha Ley (es decir, la correspondiente al personal de alta dirección), exclusión que afecta también a los denominados administradores ejecutivos, puesto que el hecho de existir un órgano colegiado no supone una excepción a dicho principio.

De igual modo, para el Tribunal Supremo no pueden identificarse las funciones de administrador con las de alta dirección, y si en una misma persona concurrían ambas circunstancias primarían las de administrador, que quedan excluidas de la relación laboral e incluso de su integración en el Régimen General, al menos desde la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de 1994, que limita el campo de aplicación del mencionado Régimen al personal de alta dirección (33).

---

(29) Un análisis de la cuestión puede analizarse en BORRAJO DACRUZ, E.: «Socios trabajadores y administradores de sociedad en el sistema de la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*. Núm. 39. Noviembre 1997.

(30) Véase BORRAJO DACRUZ, E. *op. cit.*

(31) Valga como ejemplo, entre otras, la STS de 30 de mayo de 1992.

(32) El artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores excluye de su campo de aplicación la actividad que se limite al desempeño de cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de los cometidos inherentes a tal cargo.

(33) Véase STS de 4 de junio de 1996.

Los cambios jurisprudenciales señalados motivaron, entre otras circunstancias, el cambio de criterio de la Administración, la cual, a través de disposiciones internas, estableció, como regla general, el encuadramiento de los administradores societarios, así como de los socios mayoritarios, en el Régimen de Autónomos, teniendo en cuenta la naturaleza no laboral de la relación que unía a los primeros con la sociedad o al hecho de poseer los segundos el control efectivo de la sociedad (34).

Después de un período de adaptación en la aplicación del cambio de criterio de la Administración, así como de la aceptación del mismo, sin embargo subsiguientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4.<sup>a</sup>, de lo Social, volvieron a poner de actualidad la cuestión, puesto que, aun admitiendo que los administradores activos no tenían la consideración de trabajadores por cuenta ajena, negaba la posibilidad de encuadramiento de los administradores en el Régimen de Autónomos, al no estar previsto expresamente tal posibilidad en la normativa del mencionado Régimen Especial. La propia Sala del Tribunal Supremo era consciente de que su decisión dejaba a estas personas al margen del sistema de la Seguridad Social, por lo que *obiter dicta* sugería al Gobierno la posibilidad de hacer uso del mecanismo de la «*asimilación a trabajadores por cuenta ajena*», prevista en el artículo 97 TRSS (35).

Para complicar la cuestión, y tal vez como reacción a las consecuencias que se derivaban de los pronunciamientos anteriores, la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sentencias posteriores, ha entendido que los administradores societarios, en su condición, pueden y deben ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, por cuanto los mismos, aunque no sean subordinados o dependientes, ejercen una actividad para otro, es decir, concurre en ellos la nota de ajenidad, y es precisamente esa nota la que tiene en cuenta la normativa del Régimen General de Seguridad Social (36).

Para el Tribunal Supremo, la excepción que señalaba el Texto Refundido de 1974, respecto a la inclusión en el Régimen General, alcanzaba sólo a las personas que ostentaran pura y simplemente el cargo de consejero, pero no abarcaba a los denominados administradores ejecutivos, «*que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios*» (37). Aunque es cierto que la relación que une a

---

(34) Resoluciones de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 22 de julio de 1992 y de 14 de diciembre de 1993 (esta última publicada en el BOE de 17 de diciembre), así como Circulares de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1992 y 20 de diciembre de 1993.

(35) Véase STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 4 de junio de 1996. Los criterios en ella contenidos son reproducidos en otras Sentencias de la misma Sala de 6 y 12 de junio de 1996 y 24 de enero de 1997.

(36) Véase el contenido de las SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 29 de enero y 30 de enero, ambas de 1997. Sus razonamientos son seguidos por las Sentencias de la misma Sala de 5 y 18 de febrero, 5 de marzo, 14 de mayo, todas ellas de 1997.

(37) STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 1997.



estos administradores con la sociedad no es laboral, de ello no se desprende, a juicio de Alto Tribunal, que no puedan quedar incluidos en el Régimen General (partiendo de la base de que, tampoco, le es de aplicación el Régimen de Autónomos), puesto que si bien en la relación de estas personas con la sociedad no está presente la nota de dependencia (exigida para la configuración de una relación laboral en el art. 1.1 ET), por el contrario, sí lo está el de ajenidad, y es precisamente la nota de ajenidad («trabajadores por cuenta ajena») la que se contiene en la Ley General de la Seguridad Social, artículos 7.1 y 61.1 -ambos del Texto Refundido de 1974, norma vigente en los casos que enjuicia el Tribunal-, a efectos de inclusión en el Régimen General.

Como consecuencia de ello, sólo quedarían incluidos en el campo de aplicación del Régimen de Autónomos los administradores societarios que, a la vez, fuesen socios mayoritarios, es decir, que contasen con el 50 por 100 del capital social, ya que esta circunstancia anularía la condición de ajenidad.

De todas formas, las sentencias dictadas -que, por lo general, se refieren todas ellas a supuestos anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo TRSS- dejaban sin solucionar una serie de problemas, que fueron señalados por la doctrina (38), consistentes en si tales criterios podían mantenerse con la aplicación del nuevo Texto Refundido; cuál era la posición de los administradores pasivos, en cuanto que carecen de la profesionalidad necesaria para su inclusión en el sistema de la Seguridad Social; cuál era la situación de la inclusión de los administradores en el Régimen General, a efecto de la protección por desempleo (39) y, por último, la posición en que podrían encontrarse, a efectos de la Seguridad Social, quienes acumulaban la posición de dos o más relaciones profesionales (como son, por ejemplo, la de administrador y de trabajador común, o la de administrador y personal de alta dirección).

A fin de poder dar una solución legal que contemplara los supuestos indicados y «para hacer tabla rasa de lo anterior», la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, a través de su disposición adicional segunda, habilitó al Gobierno para que, durante el año 1997, regulase, con gran libertad de opción, el encuadramiento de los socios trabajadores y de los administradores societarios, con independencia de que tuviesen o no la condición de socios. No obstante, el Gobierno no hizo uso de la habilitación legal conferida y, en el ámbito del proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se incluyó, durante su tramitación parlamentaria y a través de la correspondiente enmienda, un precepto en el que se abordaba el encuadramiento de los colectivos señalados, precepto que, al final, constituye el contenido de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997.

---

(38) Véase BORRAJO DACRUZ, E. *op.cit.*

(39) Debe tenerse en cuenta que el artículo 205 TRSS refiere la protección por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, sin hacer mención a los asimilados.

## CRITERIOS ADOPTADOS

Como se ha indicado, la citada disposición adicional aborda el encuadramiento de los socios trabajadores y de los administradores, a cuyo fin:

- *Se delimita el concepto de trabajador por cuenta ajena, que queda incluido en el sistema de la Seguridad Social, mediante la modificación del párrafo a), apartado 1, del artículo 7 TRSS.*

En la redacción anterior al 1.º de enero de 1998, el mencionado precepto declaraba incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social «a los trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica...». A fin de clarificar este precepto, que motivó que el Tribunal Supremo admitiese la posibilidad de inclusión de los administradores en el Régimen General, el inicio del mencionado párrafo pasa a redactarse, en el sentido de que han de quedar incluidos en el sistema de la Seguridad Social «los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de producción...».

Es decir, ya no basta la cualidad de ajenidad para la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, a través del Régimen General, sino que es necesario también que ese trabajo, además de efectuarse para otra persona, se tenga que realizar bajo los principios de subordinación o dependencia.

- *Se limita el encuadramiento en el Régimen General del personal de alta dirección y de los trabajadores que cuentan con participación social en la empresa, mediante la modificación del párrafo a) y la incorporación de un nuevo párrafo k) -lo que obliga a que el actual párrafo k) pase a ser párrafo l)- en el número 2 del artículo 97 (artículo que delimita la extensión del Régimen General).*

A partir de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el personal de alta dirección, en los términos contenidos en el apartado 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, estará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, siempre que no forme parte del órgano de administración social, desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Es decir, que cuando en una misma persona se acumulen dos relaciones, una de carácter ejecutivo o de alta dirección y otra de administrador societario activo, prima esta última, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (40).

---

(40) La solución dada por la Ley 66/1997 es tajante, y tal vez puede plantear problemas de futuro, no sólo en lo que se refiere al ámbito de la Seguridad Social, sino también en el de la previsión complementaria e, incluso y de forma indirecta, en el propio ámbito laboral. Los criterios administrativos anteriores -plasmados en las resoluciones y circulares antes indicados- contenían un grado de flexibilidad mayor que, aunque de mayor complejidad en la gestión, tenían en cuenta cuál era la intensidad de cada una de las relaciones profesionales que se acumulaban en una misma persona.

En definitiva, con la nueva regulación legal queda salvada la problemática apuntada (41) sobre si la redacción dada al apartado 97.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto Legislativo 1/1994 había incurrido en *ultra vires*, al haber extendido indebidamente las facultades concedidas al Gobierno en la elaboración y aprobación del mismo, que se concretan en las de refundir, aclarar y sistematizar la legislación precedente, pero sin alterar su contenido esencial.

De igual modo, los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas únicamente podrán quedar incorporados en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando se den las dos circunstancias siguientes:

- Que no formen parte del órgano de administración de la sociedad, con funciones de dirección y gerencia, y
  - Que ni por su participación, de modo directo o indirecto, en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad.
- *Incorporación de los administradores societarios y socios trabajadores en el Régimen de Autónomos.* En corolario con las reglas que se establecen para la inclusión (mejor sería hablar de exclusión) de los administradores y de los socios trabajadores del Régimen General, el apartado Tres de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, incorpora en el TRSS una nueva disposición adicional vigesimaséptima, a través de la cual se establecen las reglas de encuadramiento de los colectivos indicados en el Régimen de Autónomos, aplicando los siguientes criterios:

a) *Incorporación de los Administradores Societarios.*

A través de la disposición adicional últimamente citada, quedan incorporados al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos:

- Las personas que presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas, formando parte de su órgano de administración, cuando sus funciones comprendan las de dirección y gerencia de la sociedad, y
- Los administradores sociales, señalados en el párrafo anterior, aun cuando no sean retribuidos por el desempeño del cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudiesen calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir las funciones de administración social.

---

(41) Vid. BORRAJO DACRUZ, E. *op. cit.*

Es decir, que el hecho básico y que prima en el encuadramiento de los administradores en el Régimen de Autónomos es el ejercicio de la administración social de forma activa, por comprender la dirección y la gerencia de la sociedad. El hecho de que el interesado sea retribuido de forma directa por el ejercicio de ese cargo o no lo sea, es una cuestión accesoria que no enerva su encuadramiento en el Régimen de Autónomos. Y ese encuadramiento es debido, aunque las funciones de administrador se simultaneen con el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en la misma sociedad, con independencia, incluso, de la configuración jurídica -común o especial- de esa relación laboral.

Pero esa incorporación en el Régimen de Autónomos únicamente alcanza a los administradores societarios activos, puesto que el administrador pasivo, es decir, aquel cuyas funciones se limiten al mero ejercicio de funciones consultivas y asesoramiento, queda excluido del sistema de la Seguridad Social (42).

b) *Incorporación de los socios trabajadores.*

A su vez, la nueva disposición adicional vigesimaséptima TRSS declara obligatoria la incorporación en el Régimen de Autónomos de las personas que presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil, siempre que posean el control efectivo de ésta, por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio.

En definitiva, es el hecho de poseer el control efectivo de la sociedad para la que prestan sus servicios el factor que delimita la incorporación de los socios trabajadores en el Régimen de Autónomos o en el Régimen General. Por ello, la Ley no se limita a una declaración general, sino que concreta los supuestos en que un socio trabajador posee ese control efectivo, a través de una presunción *iuris et de iure* y otras cuatro presunciones *iuris tantum*.

Respecto la primera no requiere de comentarios adicionales. Se tiene el control efectivo, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Las presunciones de control efectivo de la sociedad, salvo prueba en contrario, las establece la Ley cuando se den algunos de los supuestos siguientes:

- Que, como mínimo la mitad del capital de la sociedad en la que se presten los servicios, esté distribuida entre socios, con quienes el socio trabajador se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

---

(42) Como lo declara expresamente el apartado a), número 1, de la disposición adicional vigesimaséptima TRSS, en la redacción que incorpora el número tres de la adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997.

- Que, cualquiera que sea el porcentaje de la participación del socio trabajador en el capital social, la actividad laboral se efectúe en empresas en las que únicamente presten servicios quienes tengan la condición de socios, constituyendo la aportación de trabajo a la sociedad título necesario para el reparto de las ganancias sociales.
- Que la participación del socio trabajador en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios; debe tenerse en cuenta que, conforme a la legislación mercantil, una tercera parte del capital social es porcentaje suficiente para que puedan adoptarse, bien en única o en segunda convocatoria, determinados acuerdos sociales con indudable trascendencia en la vida de la entidad (43), y
- Que la participación del socio trabajador en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte, si, con simultaneidad a su condición de socio, tiene atribuido el ejercicio de funciones de gerencia y dirección de la sociedad, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

Pero, incluso, no dándose ninguno de los supuestos señalados en los párrafos anteriores, puede ser obligatoria la incorporación de los socios trabajadores en el Régimen de Autónomos, cuando el mismo ostente el control efectivo de la entidad, y así se demuestre por la propia Administración.

En similitud con el criterio establecido para los administradores «pasivos», se declaran exceptuados de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, los socios de sociedades mercantiles, cuyo objeto no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

c) *Excepción a las reglas generales de incorporación de administradores o de socios trabajadores.*

A pesar de las reglas generales contenidas en la adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, respecto a la incorporación de los administradores societarios activos y de los socios trabajadores, la misma tiene una excepción expresa, referida a los empresarios de actividades marítimo-pesqueras, que estén asimilados a trabajadores por cuenta ajena, de conformidad con las normas reguladoras del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (44).

(43) En principio, la convocatoria de las Juntas Generales en las sociedades anónimas es válida si está presente el 25 por 100 del capital social. De igual modo, para que la Junta General pueda emitir obligaciones, aumentar o reducir el capital social, transformar, escindir o fusionar la entidad o, en general, modificar los estatutos sociales, es suficiente la concurrencia de un 25 por 100 del capital social, en segunda convocatoria. *Vid.* artículos 102 y 103 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

(44) Artículo 4.º del Texto Refundido de las Leyes 11/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

De acuerdo con las mismas, quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con derecho a las prestaciones previstas para los mismos, los empresarios que realicen su actividad a bordo de la embarcación, y que reciban, como contraprestación a la actividad desempeñada, una retribución a la parte y con cargo al «*monte menor*» (45).

d) *Efectos de los cambios de encuadramiento.*

La Ley 66/1997 aborda, igualmente, los efectos de los cambios de encuadramiento de aquellas personas que, debiendo quedar incorporadas al Régimen de Autónomos, en la actualidad lo están en el Régimen General o en un Régimen Especial de trabajadores por cuenta ajena, tanto en lo que respecta a la consideración de las cotizaciones ingresadas en el Régimen anterior, como en lo que se refiere a la fecha de efectos de las nuevas altas.

Respecto al primer tema, y siguiendo el criterio de resoluciones administrativas anteriores (46), así como de lo establecido en el Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social (47), se declaran debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones que se hubiesen ingresado en cualquier Régimen de Seguridad Social, incluidas las cotizaciones de recaudación conjunta, antes del 1.º de enero de 1998, respecto de los administradores y socios trabajadores que deban quedar incluidos en el Régimen de Autónomos. En estos casos, les serán de aplicación las normas de cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social, a efectos del reconocimiento de las prestaciones otorgadas en el citado Régimen Especial (48).

- 
- (45) En la modalidad de la «*pesca a la parte*», el producto de las capturas constituye el denominado «*monte mayor*», del que se deducen los gastos necesarios (por ejemplo, el combustible), siendo la diferencia el «*monte menor*», que es objeto de distribución, en función de los acuerdos adoptados y el origen de las retribuciones o salarios.
- (46) Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 14 de diciembre de 1993 (BOE de 17 de diciembre).
- (47) Artículo 60.2. El Reglamento General de inscripción de empresas y de afiliación y altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, fue aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.
- (48) Con la regulación contenida en el apartado Tres de la disposición adicional vigesimoséptima TRSS, en la redacción dada por la adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, queda zanjada una polémica que se suscitó con el cambio de encuadramiento provocado por las Resoluciones y Circulares administrativas del año 1992, consistente en si ese cambio provocaba la devolución de las cotizaciones sociales correspondientes a prestaciones que no quedaban comprendidas dentro del ámbito de la acción protectora del Régimen de Autónomos y, en especial, las de desempleo o las cotizaciones correspondientes al Fondo de Garantía Salarial. Con la modificación legal queda claro que las cotizaciones efectuadas en el Régimen General, correspondan a contingencias comunes o a profesionales, así como a aquellas de recaudación conjunta, no son objeto de devolución aunque, como se ha señalado, correspondan a prestaciones que no pueden causarse en el Régimen de Autónomos.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión -efecto de los cambios de encuadramiento- la Ley 66/1997 dispone que tales cambios surtirán efecto desde el 1.º de enero de 1998, teniendo los interesados un plazo de un año para realizar los actos de comunicación necesarios a la Administración; transcurrido un año, es decir, a partir del 1.º de enero de 1999, los efectos del cambio de encuadramiento se regirán por lo dispuesto con carácter general en las normas generales de la Seguridad Social.

Para la aplicación de este precepto, habrá que acudir, en consecuencia, a dichas normas reglamentarias y, más concretamente, al artículo 60 del Reglamento General de Afiliación, a cuyo efecto las altas indebidas en un Régimen determinado del sistema de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro Régimen distinto, serán válidas hasta la fecha en que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación.

Como consecuencia de ello, los efectos de las altas producidas por el cambio de encuadramiento de los administradores o de los socios que, con anterioridad al 1.º de enero de 1998, viniesen estando incluidas en el Régimen General (o en otro Régimen Especial), y sus consecuencias sobre las cotizaciones son los siguientes:

- Si los interesados comunican los datos necesarios a la Tesorería General de la Seguridad Social, para que por ésta se produzca el cambio de encuadramiento, dentro del año 1998, dicho cambio surte efectos, por imperio de Ley, desde el 1.º de enero de 1998. Si, a partir de esta fecha, se han seguido ingresando cotizaciones en el Régimen General, por la Tesorería se efectuará la compensación correspondiente entre las cuotas ingresadas y las que correspondería efectuar en el Régimen de Autónomos, poniendo a disposición del empresario el exceso, si existiese.
- Por el contrario, cuando se haya dejado transcurrir el plazo indicado, los efectos de las altas se producirán desde la fecha en que se fije en la resolución administrativa de la Tesorería General de la Seguridad Social, que declare indebida el alta en el Régimen General y, en su defecto, en el último día del mes en que se notifique aquella. En este caso, las cotizaciones ingresadas en el Régimen General se considerarán válidas a los efectos de las prestaciones del Régimen de Autónomos, sin que proceda efectuar compensación alguna.

Un último aspecto a considerar es el efecto en las bases de cotización producidas por el cambio de encuadramiento desde el Régimen General al Régimen de Autónomos. La normativa del Régimen General establece la base de cotización del trabajador en función del salario percibido hasta el importe de la base máxima correspondiente a su categoría profesional; por el contrario, en el Régimen de Autónomos, es el interesado

quien elige la base de cotización, que esté comprendida entre la base mínima y la base máxima prevista para ese Régimen, si bien, para los afiliados con 50 o más años la base máxima resulta inferior que para el resto de los afiliados (49).

Podría suceder que, con motivo del cambio de encuadramiento, una persona viese limitada su cotización y con ello su derecho a la protección si, en razón de la edad, la base de cotización que pudiese elegir en el Régimen de Autónomos resultase de una cuantía inferior a aquella por la que venía cotizando en el Régimen General.

No obstante, las normas de cotización correspondientes al ejercicio de 1998 (50) contienen una previsión -que repite otra similar de ejercicios anteriores-, en virtud de la cual cuando el alta en el Régimen de Autónomos se haya practicado de oficio por la Administración, como consecuencia de una baja de oficio en un Régimen de Trabajadores por Cuenta Ajena, el interesado podrá optar por mantener la base por la que venía cotizando con anterioridad o la base que corresponda de aplicar las normas generales del Régimen de Autónomos, previsión que resulta de aplicación en los supuestos que se han venido analizando.

### *1.3. Encuadramiento, a efectos de la Seguridad Social, de las cooperativas.*

La disposición transitoria vigésima de la Ley 66/1997 contiene una regla mediante la que se intenta dar una solución al problema de las cooperativas que, habiendo inicialmente optado por la incorporación de sus socios al Régimen General, sin embargo, desean modificar dicha opción.

En tal sentido, el artículo 8.º del Reglamento General de Afiliación (que reproduce el contenido del Real Decreto 295/1980, de 3 de marzo, dictado en aplicación del contenido de la Ley General de Cooperativas, 3/1987, de 2 de abril) prevé que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, previa opción de la propia cooperativa, serán dados de alta, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores por cuenta propia, en el Régimen General o Especial que por razón de su actividad les corresponda (51).

(49) Para el ejercicio 1998 el apartado Cuatro del artículo 89 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, establece las siguientes bases mínima y máximas en el Régimen de Autónomos: Base mínima: 110.580 ptas./mes; Base máxima general: 392.700 ptas./mes; Base máxima para afiliados con 50 o más años: 207.000 ptas./mes.

(50) Artículo 89. Cuatro de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre.

(51) Hasta el año 1987 se plantearon problemas respecto, al encuadramiento en la Seguridad Social, de los socios de las Cooperativas. Estos problemas tuvieron su solución a través de la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, en la que se dejó a opción de las propias Cooperativas el que pudiesen optar entre que sus socios se encuadraran como trabajadores por cuenta propia o como trabajadores por cuenta ajena, en los Regímenes de Seguridad Social que correspondiesen en razón de la actividad realizada. Los preceptos de la Ley anterior fueron desarrollados por el Real Decreto 295/1989, de 3 de marzo, sustituido, en cuanto al ejercicio de la opción de inclusión en la Seguridad Social y otras materias afines, por el Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996.



Ahora bien, la opción deberá formalizarse en los estatutos y únicamente puede ser objeto de modificación una vez que hayan transcurrido cinco años desde que se efectuó la elección. Del tenor literal de la transitoria vigésima de la Ley 66/1997, parece desprenderse que el plazo de cinco años es el que quiere flexibilizarse o eliminarse para las cooperativas que se hubieran transformado en tales, a partir de la personalidad jurídica de sociedades anónimas y que, inicialmente, hubiesen optado por la cobertura de la Seguridad Social, a través del Régimen General.

En definitiva, la habilitación que se concede al Gobierno es que fije un nuevo plazo (o que, incluso, no prevea ninguno) que posibilite el cambio de opción realizado inicialmente.

## 2. Modificaciones en el ámbito de la recaudación de los recursos de la Seguridad Social.

La Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social aborda, asimismo, la modificación de determinados artículos relacionados con la recaudación de la Seguridad Social, a cuyo tenor dedica los artículos 34, 36 y 38, que afectan, respectivamente, a las reclamaciones de deudas de la Seguridad Social, transacción sobre derechos de Seguridad Social y, por último, a la compensación de deudas con la Seguridad Social.

### 2.1. Modificaciones en la regulación sobre la reclamación de deudas de la Seguridad Social.

Mediante el artículo 34 de la Ley 66/1997 se da nueva redacción a las letras a), e) y f), número 1 y al número 2 del artículo 30, así como a la letra c) del número 1 del artículo 31, ambos del TRSS, relacionados con los supuestos de reclamaciones de deudas y de los supuestos en que procede la expedición de actas de liquidación (52).

El alcance de las modificaciones es, en síntesis, el siguiente:

- *Modificación de los supuestos en que procede la reclamación de deudas de Seguridad Social.* En la legislación anterior y cuando existía una falta total de cotización, respecto de trabajadores dados de alta, únicamente podía reclamarse la deuda cuando los trabajadores afectados figurasen en los documentos de cotización, y tales documentos se hubiesen pre-

---

(52) Debe tenerse en cuenta que estos artículos del TRSS han sido objeto de modificación por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley que, conforme a la disposición final única de la misma, ha entrado en vigor el día 15 de febrero de 1998, es decir, con posterioridad a la fecha en que han entrado en vigor las modificaciones del TRSS, incorporadas por la Ley 66/1997.

sentado en el plazo reglamentario (53). La nueva redacción dada a la letra a), número 1, del artículo 30, posibilita que, en los casos señalados, se puedan expedir reclamaciones de cuotas, aunque los documentos de cotización no se hubiesen presentado en los plazos reglamentariamente establecidos.

En estos casos, y cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social compruebe la falta total de cotización por trabajadores dados de alta, sin que se hayan presentado los documentos de cotización, no deberá expedir la correspondiente acta de liquidación, sino que deberá efectuar la comunicación respectiva a la Tesorería General de la Seguridad Social, acompañando a la documentación la propuesta de liquidación que corresponda.

De otra parte, se añade una nueva letra e), en el número 1 del artículo 30 TRSS -con la consecuencia de que la anterior letra e) pasa a f)- incorporando otro supuesto en el que procede la reclamación de las cuotas, supuesto que se concreta en los de «*derivación de la responsabilidad*» en el pago de las cuotas que sean debidas por cualquier título. Esta nueva competencia de la Tesorería alcanza a cualquier supuesto de responsabilidad (54), si bien se condiciona a que de los datos obrantes en la Tesorería, por ésta se pueda determinar el sujeto responsable de la deuda, la cuantía de la misma y los trabajadores afectados (55).

- *Se modifican los plazos en que deberán ser hechas efectivas las deudas que figuren en las reclamaciones administrativas de deudas*, mediante la alteración de la redacción del apartado 2 del artículo 30 TRSS.

En la legislación vigente hasta el 31 de diciembre de 1997, dichas deudas deberían ser hechas efectivas hasta el último día hábil del mes siguiente al de la notificación de las reclamaciones, con independencia de la fecha en que, en el mes anterior, se hubiese

---

(53) Los plazos en que deben presentarse los documentos de cotización están reflejados en las normas reglamentarias, y varían según los diferentes Regímenes. Al respecto, véanse los artículos 66 y ss. del Reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, así como los artículos 68 y ss., de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 22 de febrero de 1996, que desarrolla el mencionado Reglamento General.

(54) Del tenor literal de la Ley se desprende que, dándose los supuestos establecidos en la letra e), número 1 del artículo 30 TRSS, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá formular las reclamaciones respectivas, sea la responsabilidad de naturaleza solidaria o subsidiaria. Ahora bien, cabría otra interpretación que redujese la expedición de las reclamaciones de deudas únicamente a los casos en que la responsabilidad en el pago de las cuotas fuese de naturaleza subsidiaria, puesto que solamente esta clase de responsabilidad puede «*derivar*», es decir, que sólo puede nacer para una persona, cuando previamente otra, el deudor principal, hubiese incumplido con sus obligaciones. Por el contrario, en la responsabilidad solidaria no puede hablarse, técnicamente, de que la misma implique una derivación, en cuanto que esa responsabilidad se sitúa en el mismo plano para todos los sujetos responsables, sin que derive desde unos para otros.

(55) Estos requisitos -el conocimiento por la Tesorería del sujeto deudor, de la cuantía de la deuda y de los trabajadores afectados- deben concurrir al unísono: en caso contrario, precedería el levantamiento de un acta de liquidación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

notificado la reclamación (56). A partir de 1.º de enero de 1998, el plazo está en función de la fecha en que se procedió a la notificación de la reclamación de la deuda, del modo siguiente:

- Para las deudas que hubiesen sido notificadas entre los días 1 al 15 de cada mes, desde la fecha de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato día hábil posterior.
- Para las deudas notificadas entre los días 16 y el último de cada mes, desde la fecha de la notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

Con la nueva regulación se establece una posición más equilibrada entre los deudores de la Seguridad Social, los cuales, a partir de la modificación legal, se van a encontrar en una posición más homogénea en lo referente al plazo de los importes reclamados, con independencia de la fecha en que, dentro de cada mes, han recibido la notificación de aquéllos.

Pero la mayor novedad se produce con la incorporación de un inciso al número 2 de este artículo 30 TRSS. En la redacción vigente antes de la Ley 66/1997, el deudor que no hubiese hecho efectivos los importes figurados en las reclamaciones de deudas, dentro de los plazos señalados, incidía automáticamente en la situación de apremio, sin que existiese ninguna precisión respecto a la naturaleza del deudor.

Sin embargo, en la redacción que incorpora la Ley 66/1997, frente al principio general de que la falta de ingresos produce automáticamente la iniciación de la situación de apremio, se establece una excepción en favor del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las demás Entidades de Derecho público o empresas dependientes de las mismas, que realizan prestaciones públicas, los cuales no incidirán en apremio, aunque no hayan ingresado las deudas en plazo (57).

---

(56) La legislación vigente hasta el día 31 de diciembre de 1997 ciertamente producía unas consecuencias distintas, según fuese la fecha en que se hubiese notificado la deuda; si la misma se había notificado el día 1.º de un determinado mes, el deudor contaba prácticamente con dos meses para proceder al ingreso de la deuda (ya que podría efectuar dicho ingreso hasta el último día del mes siguiente); por el contrario, si la deuda se notificaba al final del mes, casi se reducía a la mitad el plazo para hacer efectiva la deuda.

(57) La cuestión es importante, puesto que el hecho de incidir en apremio no implica solamente que las deudas sean objeto de un recargo del 20 por 100 o del 35 por 100, según los casos, sino, además, mientras que el recargo de mora puede ser objeto de condonación, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el recargo de apremio no puede ser objeto de condonación. Sobre la condonación de deudas de Seguridad Social y en especial de los recargos, véanse el artículo 59 del Reglamento de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social, y artículo 50 de la Orden de 22 de febrero de 1996, que desarrolla el anterior.

El hecho de que las entidades del sector público, de conformidad con el contenido del apartado 2, artículo 30 TRSS, en la redacción dada por el artículo 34, cuatro, de la Ley 66/1997, no entren automáticamente en la vía de apremio, aunque no hagan efectivo el importe de las reclamaciones de deudas en el plazo establecido, está solamente referida a tales actos, es decir, a las reclamaciones por deudas, sin que se prevea expresamente tal circunstancia para los supues-

- *Modificación de los supuestos en que procede la expedición de actas de liquidación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y formas de su expedición (58).*

En el ámbito de la determinación de los supuestos en que procede la expedición de actas de liquidación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la modificación esencial, al igual que sucede con las reclamaciones de deudas, se orienta a señalar la posibilidad de la expedición de tales actas en los casos de «derivación» de la responsabilidad -sea solidaria o subsidiaria-, siempre que no proceda el levantamiento de reclamaciones de deudas, añadiéndose que, en los casos de responsabilidad solidaria, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá extender acta a todos los sujetos responsables o a algunos de ellos.

La novedad esencial es llevar al ámbito de la Seguridad Social una especie de «advertencia», ya que, cuando se manifieste la existencia de responsabilidad en el pago de deudas para con la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede extender acta de liquidación o, alternativamente, formular a los sujetos obligados al pago de las cuotas de Seguridad Social un requerimiento, indicando el plazo para que aquéllos justifiquen el ingreso de las deudas. En caso de incumplimiento del requerimiento, se deberá proceder a la extensión del acta de liquidación (59).

Por último, se añade un inciso, en el número 1 del artículo 31 TRSS, que ya había incluido en el TRSS la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (60), sobre el órgano competente para extender las actas de liquidación (la Inspección

---

tos de ingreso de cuantías que figuren en las actas de liquidación. Por ello, y aunque las consecuencias fuesen absurdas, de la literalidad de la Ley cabría sostener que, cuando no se hiciesen efectivos los importes adeudados y figurados en las actas de liquidación, dentro de los plazos establecidos, los sujetos deudores, aunque perteneciesen al sector público, incurrirían en la vía de apremio, teniendo en cuenta, de otra parte, el tenor literal del número 4 del artículo 31 TRSS, en la redacción dada por la disposición adicional quinta. tres de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que no se contiene ninguna excepción y se habla de que «se incidirá automáticamente en la situación de apremio», cuando los importes de las deudas figurados en las actas de liquidación no son hechos efectivos dentro del mes siguiente al de su notificación.

- (58) Artículo 31.1 TRSS, en la redacción dada por el apartado Cinco del artículo 34 de la Ley 66/1997.
- (59) Es decir, que ante los supuestos de derivación de la responsabilidad y, sobre todo si ésta es solidaria, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuenta con una amplia libertad de actuación: puede extender acta de liquidación a todos los responsables o a alguno de ellos y, previamente, puede extender el acta de liquidación o proponer un requerimiento previo. La seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones públicas, así como la necesidad de dar un tratamiento similar, cuando semejantes sean las circunstancias, aconseja regular, mediante norma con rango suficiente y con la minuciosidad necesaria, los casos en que procede el requerimiento por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- (60) La cuestión, respecto al último inciso del número 1, artículo 31 TRSS no deja de ser cuando menos curiosa. Tramitándose el proyecto de Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social -posteriormente Ley 42/1997-, proyecto en el que se incorporaba un inciso último en el número 1 del artículo 31 TRSS, el proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, vuelve a incorporar, a través del entonces artículo 27, una modificación del número 1 del citado artículo 31 TRSS, con una redacción casi idéntica.

de Trabajo y Seguridad Social), así como para su notificación, competencia que, en todos los casos, recae en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, modificándose, de esta forma, el artículo 31 TRSS, que preveía la notificación de las actas de liquidación a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, así como la impugnación de las mismas ante los Directores Provinciales del citado Servicio Común, impugnación que ahora se vuelve a residenciar en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (61).

En coherencia con las modificaciones legales, que hay que conectar con las operadas por la Ley 42/1996, el apartado Seis del artículo 34 de la Ley 66/1997, suprime el apartado 3 del artículo 33 TRSS, así como la disposición adicional vigesimoquinta TRSS, mediante la que se estableció un período paulatino de aplicación progresiva de la expedición de las reclamaciones de deudas y de las actas de liquidación, en los términos establecidos por la modificación llevada a cabo en el año 1995 (62), y que deja de tener sentido con las alteraciones realizadas en 1997, con efectos en el ejercicio de 1998.

Estas modificaciones, respecto a la notificación e impugnación de las actas de liquidación, se extienden igualmente a las actas de infracción que se practiquen por los mismos hechos, las cuales se deberán practicar simultáneamente (63).

## 2.2. Transacciones sobre derechos de Seguridad Social.

El hecho de que a los recursos públicos -condición que concurre en las cuotas de Seguridad Social u otros derechos del sistema- se les dote de un carácter privilegiado, cuando en determinados procedimientos concursales concurren con otros acreedores, ha ocasionado el problema de cuál era la posición en que se encontraba la Administración Pública detentadora de tales créditos.

---

Con fecha 15 de noviembre se publica la Ley 42/1997, en cuya disposición adicional quinta, y mediante su número 1, se añade un inciso en el artículo 31.1 TRSS. A su vez, la Ley 66/1997, y a través de su artículo 34. Cinco, se vuelve a incluir el mismo inciso, con pequeñísimas variaciones. Sin embargo, toda vez que la Ley 66/1997 entró en vigor el día 1.º de enero de 1998, el mencionado inciso únicamente ha tenido una vigencia de mes y medio, puesto que el día 15 de febrero de 1998 entró en vigor la citada Ley 42/1997, de conformidad con lo establecido en la disposición final única de la Ley 42/1997.

Las variaciones en la redacción contenida en una y otra Ley son mínimas, reduciéndose a cambiar la expresión «y se notificarán» (Ley 42/1997) por el de «notificándose» (Ley 66/1997), así como la grafía del término «Actas» con mayúscula (que en la Ley 42/1996 figuraba con minúscula).

- (61) Conforme a lo previsto en el artículo 31.3 TRSS, en la redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre.
- (62) A través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- (63) Véase el contenido de los apartados 4 y 5 del artículo 31 TRSS, en la redacción dada, respectivamente, por los números 3 y 4 de la disposición adicional quinta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre.

En este ámbito, el artículo 24 TRSS (64) prevé que no se podrá transigir, judicial o extrajudicialmente, sobre los derechos de la Seguridad Social, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto a los mismos, sin una serie de formalidades precisas y tasadas, cuales son que esa transacción sea autorizada por el Consejo de Ministros, a través del oportuno Real Decreto, y que en la tramitación del mismo se haya sometido la transacción al dictamen del Consejo de Estado.

No obstante estas formalidades expresas en la actuación de la Seguridad Social para poder transigir sobre las deudas con la Seguridad Social, existen supuestos en que la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuanto titular del patrimonio de la Seguridad Social y a quien le están atribuidas las competencias sobre la recaudación de los recursos correspondientes, no requiere de tal autorización previa, aunque tales supuestos están también tasados (65) y se concretan en los acuerdos o convenios en los procesos concursales previstos en las Secciones 1.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del Título XII del Libro Segundo y en la Sección 6.<sup>a</sup> del Título XIII del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en la Ley de Suspensión de Pagos (66).

Sin embargo, surgía la problemática sobre si la Tesorería General de la Seguridad Social, en los supuestos en que en un primer momento no hubiese celebrado los acuerdos mencionados en las disposiciones citadas, podía efectuarlos *a posteriori* (67). Para dar solución a esa problemática, a través del artículo 36 de la Ley 66/1997, se incorpora un nuevo párrafo al citado artículo 24 TRSS, mediante el cual se reitera, con rotundidad, que el carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social, en los términos establecidos en el artículo 22 TRSS (68), otorga siempre a dicho Servicio Común el derecho de abstención en toda clase de procedimientos concursales.

---

(64) El artículo 24 TRSS procede del artículo 17.bis de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, según la redacción dada por la disposición adicional novena. 2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio de 1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990. La Ley 40/1980 fue derogada por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al haber sido refundido su contenido en aquél.

(65) Véase el contenido del segundo párrafo del artículo 24 TRSS.

(66) La Sección 1.<sup>a</sup>, Título XII, Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la «quita y espera». La Sección 8.<sup>a</sup>, a su vez, regula el convenio entre los acreedores y el concursado. Por último, la Sección 8.<sup>a</sup> del Título XIII, del Libro Segundo, de la mencionada Ley establece las reglas del convenio entre los acreedores y el quebrado.

(67) Las previsiones legales del artículo 24 TRSS se encuentran desarrolladas por el artículo 60 del Reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, así como en el artículo 51 de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 22 de febrero de 1996, que desarrolla y complementa dicho Reglamento General.

(68) Conforme al artículo 22 TRSS los créditos por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto a la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1.924 del Código Civil y el párrafo D) del apartado 1.º del artículo 913 del Código de Comercio. Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2.º, párrafo E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el apartado 1.º, párrafo D), del artículo 913 del Código de Comercio.

Ahora bien, y ahí está la novedad, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales, para lo que únicamente se requerirá que el órgano competente de la Tesorería General de la Seguridad Social haya dado la previa autorización. Con esta nueva regulación se otorga un mayor margen de flexibilidad en la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social que le permita, en cualquier caso, intentar la solución más coherente en la defensa de la satisfacción de los créditos de los que es acreedora.

### 2.3. *Compensación de deudas con la Seguridad Social.*

Por último, y en lo que se refiere a este apartado sobre la recaudación de los recursos de la Seguridad Social, el artículo 38 de la Ley 66/1997 establece unas previsiones sobre la compensación de determinadas deudas para con la Seguridad Social, haciendo extensivo a las empresas privadas que reciben subvenciones o cualquier otra clase de ayudas públicas el procedimiento de compensación de deudas del sector público, contemplado en el artículo 76 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, también de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El citado artículo 76 estableció un procedimiento de deducción (69), al autorizar al Gobierno para establecer un procedimiento que permitiera la retención a favor de la Seguridad Social de los importes adeudados a la misma por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Diputaciones, Cabildos, Ayuntamientos y demás que integran la Administración Local, las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de dichas Administraciones, las empresas públicas y demás entes públicos, respecto de los importes que, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, deban transferirse a la Administración, empresa o ente deudor de la Seguridad Social (70).

---

(69) Nótese que el artículo 76 de la Ley 13/1996 se refiere a un procedimiento de deducción, mientras que el artículo 38 de la Ley 66/1997, aun refiriéndose al mismo procedimiento, se refiere a él como un procedimiento de compensación. Hay que entender que se trata de un error terminológico, y que el procedimiento señalado en el mencionado artículo 38 se trata de un procedimiento de deducción, mediante la retención de las cantidades adeudadas en los importes que el deudor debe recibir desde los Presupuestos Generales del Estado.

Sean cuales sean los motivos de la imprecisión indicada, ciertamente existen diferencias claras entre la compensación y la deducción, puesto que la primera es una forma de extinción de la obligación, mientras que la deducción se basa en un derecho de retención y, sólo después de aplicar lo retenido al pago de la deuda, se extingue ésta. De otra parte, en una y otra cambian los sujetos: en la compensación son dos, el acreedor y el deudor, mientras que en la deducción son tres, el deudor al que se retiene, el retenedor y el acreedor al que se paga la cantidad retenida; por último, los efectos también son diferentes, pues si la compensación opera *ex tunc*, en la deducción la extinción de la deuda opera *ex nunc*, es decir, desde que se aplica la cantidad retenida al pago de la deuda.

(70) La habilitación al Gobierno se desarrolla en los artículos 56 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 1.º del Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre.

Ese procedimiento, circunscrito inicialmente al sector público, se extiende ahora a las empresas privadas que reciban subvenciones o cualquier otra clase de ayuda pública. Dado el número de empresas que reciben subvenciones o cualquier otra clase de ayuda pública, la regulación contenida en el artículo 38 de la Ley 66/1997 puede tener una incidencia importante en el desenvolvimiento de las mismas, así como en los créditos que pueden recibir de los Presupuestos Generales del Estado. En los supuestos en que estas empresas sean deudoras de la Seguridad Social, la Tesorería General podrá solicitar que de las cantidades que, desde los Presupuestos del Estado, corresponda transferir a dichas empresas se retenga a favor de dicho Servicio Común de la Seguridad Social el equivalente de las cantidades adeudadas. A tal efecto, si la Tesorería General de la Seguridad Social acuerda la procedencia de la deducción debe dirigir comunicación a los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda -Dirección General del Tesoro y Política Financiera (71)- para que tome las medidas conducentes tendentes a asegurar la deuda, a través de la deducción de la misma en las transferencias a realizar a la empresa deudora.

En cualquier caso, y por imperativo de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 13/1996, deberá garantizarse la audiencia previa a la retención a la empresa deudora, y que la resolución, cuando acuerde la retención, deba expresar la fecha en que aquella produce efectos, los cuales, en ningún caso, podrán ser anteriores al vencimiento del plazo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución.

### **3. Modificaciones en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social.**

La Ley 66/1997 introduce diversas modificaciones en la regulación jurídica de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social y, en concreto, en las relacionadas con la incapacidad temporal, las prestaciones de muerte y supervivencia y el plazo para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Se trata de mecanismos que bien tratan de establecer unos mayores controles en orden a evitar o reducir la incidencia de la utilización indebida, cuando no fraudulenta, en el acceso a las prestaciones o, en otros aspectos, a la mejora en el acceso al derecho de las prestaciones o de la cuantía de las mismas.

#### *3.1. Reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.*

El artículo 45 TRSS prevé que los trabajadores y demás personas que hubiesen percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social tienen la obligación de proceder al reintegro de los importes respectivos, obligación que recae, asimismo, en quienes por acción u omisión hubiesen

---

(71) Conforme a las normas reglamentarias citadas en la nota anterior.



contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación, sobre los cuales pesa una responsabilidad subsidiaria con el perceptor de la prestación indebida, salvo que quedase probada su buena fe (72).

Dado que el artículo 45 TRSS no establecía expresamente cuál era el plazo a que alcanzaba el reintegro de las prestaciones indebidas, surgió la problemática de si el mismo era el plazo general de prescripción de las obligaciones, es decir, de 15 años o, por el contrario, era de aplicación el plazo de cinco años establecido en la propia Ley General de la Seguridad Social (73). Las dudas fueron resueltas por los Tribunales (74), en el sentido de que el plazo de prescripción aplicable a la obligación de reintegro de las prestaciones que se hubiesen percibido indebidamente era el establecido con carácter general en el ámbito de la Seguridad Social, es decir, el de cinco años (75).

Pero con posterioridad, el Alto Tribunal matizó la doctrina anterior, pues manteniendo con carácter general el plazo de los cinco años, sin embargo, estableció que, para determinados supuestos, debía aplicarse un plazo de tres meses (76). Estos supuestos se originaban, a juicio del Tribunal Supremo, en los casos en que la percepción de la prestación indebida hubiese sobrevenido como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas (77), o cuando el interesado hubiese obrado de buena fe o hubiese puesto en conocimiento de la Administración los datos e informaciones necesarios que permitiesen hacer surgir la prestación indebida, siendo imputable a la propia Administración la demora en la regularización de la situación (78).

---

(72) La obligación de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas es compatible con la sanción que pudiese imponerse a los interesados, de acuerdo con la Ley 8/1987 de infracciones y sanciones en el orden social, si la conducta de aquéllos fuese constitutiva de una infracción. Un estudio del reintegro de las prestaciones indebidas puede verse en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Reintegro de prestaciones indebidas». *Civitas*, Núm. 79. Madrid. Octubre 1996.

(73) De conformidad con lo establecido en el artículo 43 TRSS.

(74) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, entonces Sala 6.ª, de 22 de mayo de 1986.

(75) El Tribunal Supremo ha venido aplicando con carácter general la regla del plazo de prescripción de cinco años, para el reintegro de las prestaciones indebidas. Entre sus pronunciamientos, Sentencias de 12 y 13 de febrero, 22 de junio y 30 de octubre de 1992; 11 de febrero de 1994 ó 6 de febrero, 3 de mayo, 5 de junio y 30 de octubre de 1995. De otra parte, la regla del plazo de prescripción de los cinco años se incorporó a las normas sobre recaudación de los recursos de la Seguridad Social (art. 28.2 de la Orden de 22 de febrero de 1996, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social).

(76) Véanse SSTS, dictadas en recursos para la unificación de doctrina, de 24 y 30 de septiembre o las de 7, 8, 11, 12 y 24 de octubre, todas ellas de 1996.

(77) Como es el supuesto de la reglas de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en el ámbito de la función pública (SSTS de 17 de abril de 1991 ó 12 y 28 de mayo de 1993).

(78) El criterio consolidado del Tribunal Supremo, respecto al plazo de prescripción de las prestaciones indebidamente percibidas, de cinco años o de tres meses, según los distintos supuestos, viene siendo aplicado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El artículo 37 de la Ley 66/1997 incorpora al artículo 45 TRSS un nuevo apartado en el que, de modo expreso, se fija el plazo de cinco años para la prescripción de la obligación de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, plazo que comienza a contar a partir de la fecha de su cobro o desde aquella en que fue posible ejercitar la acción para su devolución. Con ello, se completa la laguna legal existente con anterioridad.

La redacción anterior hubiese permitido la interpretación que venía planteando el Tribunal Supremo, en el sentido de que el plazo general hubiese podido admitir excepciones, cuando se diesen determinadas circunstancias. Sin embargo, la nueva regulación añade una precisión adicional, consistente en que dicho plazo de cinco años se aplicará en todos los supuestos «*con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora*». Si el plazo de cinco años ha de aplicarse aunque la percepción indebida de la prestación se hubiese fundado en un error previo de la Entidad Gestora, es lógico que también sea de aplicación en otros supuestos (por ejemplo, el cambio en la aplicación normativa o la buena fe de los interesados), respecto de los cuales el Tribunal Supremo venía aplicando la excepcionalidad de un plazo de prescripción de la obligación de reintegro de tres meses.

### 3.2. Modificaciones en el ámbito de la prestación de incapacidad temporal.

La Ley de «*acompañamiento*» provoca una serie de modificaciones en el ámbito de la prestación económica de incapacidad temporal (IT) que afecta tanto a la cuantía de la misma (en determinados Regímenes Especiales, como cuando el proceso de incapacidad temporal afecte a personas que se encontraban en situación de desempleo), como en lo que se refiere a la gestión de la misma, sea llevada a cabo por las Entidades Gestoras o por las Mutuas, con el contenido y los efectos que, a continuación, se van a analizar.

#### MODIFICACIONES RESPECTO A LA EXTINCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

En la legislación vigente con anterioridad al 1.º de enero de 1998, la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal se producía, además de por el transcurso de su período máximo de percepción (79) y otras causas señaladas en el ordenamiento jurídico (80), generalmente por la expedición de un alta médica formalizada por los órganos competentes del Servicio Público de Salud, bien directamente, bien a través de una propuesta realizada por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o por los correspondientes a las Mutuas (81).

(79) El período máximo de percepción de la prestación de incapacidad temporal es de 12 meses, prorrogable por otros 6, cuando en ese nuevo período se prevea que el interesado puede ser dado de alta por curación.

(80) Apartado 1 del artículo 131.bis TRSS.

(81) En los términos señalados en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, desarrollado por el artículo 5.º del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, y esté, a su vez, por el Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1997. Las propuestas de alta formalizadas por

El artículo 39 de la Ley 66/1997, sin modificar de hecho las causas de extinción de la incapacidad temporal, en lo que respecta a que la misma, entre otros motivos, se extingue por la expedición del alta médica, sin embargo señala que dicha alta podrá ser expedida no sólo por los facultativos del correspondiente Servicio Público de Salud, sino que también podrá ser extendida por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en las condiciones que en el mismo se establezcan. Del tenor literal del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 131.bis TRSS, en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 66/1997 (82) se pueden deducir *a priori* las siguientes circunstancias:

- Que el derecho a la prestación económica, además de por las causas ya señaladas anteriormente en la legislación de Seguridad Social, se extinguirá por el alta médica que expidan otros facultativos no dependientes de los respectivos Servicios Públicos de Salud.
- Que esa facultad conferida a facultativos no adscritos o dependientes de los Servicios Públicos de Salud sólo queda atribuida a los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y no a los demás facultativos dependientes de cualquier otra entidad de la Seguridad Social, sea gestora o colaboradora (83).
- Que los efectos del alta médica expedida por los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social se limitan únicamente a la prestación económica de la Seguridad Social.

---

los servicios médicos de las Mutuas únicamente afectan a los procesos de incapacidad temporal, derivados de contingencias comunes, puesto que en los derivados de contingencias profesionales, corresponde a los facultativos de las Mutuas expedir las altas médicas, en lógica correspondencia con el hecho de que a tales Entidades corresponde prestar la asistencia sanitaria a los trabajadores afectados.

Un análisis de las modificaciones normativas señaladas pueden verse en PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la incapacidad temporal A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid. Núm. 4. 1997. De igual modo, y por lo que afecta a la gestión desarrollada, en la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal, por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, véase RUIZ-LARREA, P.: «Las funciones atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid. Núm. 4. 1997.

- (82) El tenor literal del artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, bajo la rúbrica de «extinción del derecho al subsidio», y mediante la técnica de incorporar un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 131.bis TRSS establece expresamente que «sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad y en los términos que reglamentariamente se establezcan».
- (83) La afirmación señalada debe entenderse sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Mutuas para expedir, a través de sus servicios médicos, los partes médicos de baja, continuación de la baja y alta, en los procesos de incapacidad temporal, derivados de contingencias profesionales y gestionadas por tales entidades colaboradoras.

- Por último, que los términos en que se han de desenvolver las altas formalizadas por los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, con independencia de aquellos recogidos expresamente en la modificación legal, lo serán en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Ahora bien, para poder valorar la incidencia y el alcance de la modificación legal, debe considerarse previamente el propio concepto de la situación de incapacidad temporal, así como los efectos que, en los distintos ámbitos, produce su declaración. En tal sentido y según el TRSS tienen la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal, 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, con una duración máxima de 12 meses, prorrogables por otros seis, cuando se presuma que, durante ellos, el trabajador puede ser dado de alta médica por curación.

La situación de incapacidad temporal requiere pues el cumplimiento de una serie de requisitos, como son: que exista una alteración de la salud; que dicha alteración de la salud provoque la necesidad de tratamiento sanitario por parte de la Seguridad Social (entendido este término en sentido amplio, para comprender no sólo a las Instituciones sanitarias del Servicio de Salud correspondiente, sino también las pertenecientes o adscritas por las Entidades Colaboradoras -Mutuas o empresas-); que esa alteración de la salud provoque la incapacidad temporal de realizar el trabajo o la actividad que se venía realizando, y la constatación por parte de los servicios médicos de la Seguridad Social (entendiendo la expresión en los términos antes mencionados) de que la alteración de la salud incapacita al interesado para el trabajo.

Esa constatación se refleja en los documentos o «*partes de baja*» y es válida hasta tanto no es modificada por un «*parte de alta*», que deben expedir, asimismo, los servicios médicos de la Seguridad Social. Por lo general, el alta es expedida por el facultativo que formalizó la baja, de *motu proprio* o a iniciativa de la Entidad Gestora o Colaboradora, las cuales pueden, a su vez, formalizar «*propuestas de alta*», que deben ser validadas, en todo caso, por los servicios médicos del Servicio de Salud (84). Con independencia de la competencia atribuida a los facultativos de los Servicios de Salud, el ordenamiento de la Seguridad Social reservaba a la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social (u órgano equivalente de los Servicios Públicos de Salud) la facultad de dar altas en los procesos de incapacidad temporal, aun cuando hubiese mediado una baja de los «*médicos de cabecera*».

---

(84) La facultad de efectuar propuestas de alta a los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o los correspondientes a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social fue establecida en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. La previsión legal fue desarrollada por el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, en cuyo artículo 5.º se establece el procedimiento para la formalización de las propuestas de alta, corresponda esa formalización a los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de una Mutua. El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, fue objeto de desarrollo a través de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1997.

La modificación operada por la Ley 66/1997 circunscribe los efectos de las altas expedidas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a la propia prestación económica de la Seguridad Social.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé otros efectos adicionales que se derivan de la declaración de la situación de incapacidad temporal, efectos tanto para la Seguridad Social como para las empresas, en los supuestos de trabajadores por cuenta ajena.

La declaración de la incapacidad temporal, y por imperativo de lo establecido en el artículo 45.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, produce *ope legis* la suspensión de la relación laboral, cesando la obligación del trabajador de prestar servicios en la empresa. En correspondencia con la suspensión del contrato de trabajo y de la obligación de prestar servicios, la declaración de la situación de incapacidad temporal lleva pareja la suspensión en el abono de las retribuciones en favor del trabajador. Sin embargo, no cesan todas las obligaciones que pesan sobre el empresario, puesto que:

- Permanece la obligación de cotizar a la Seguridad Social por el trabajador, durante todo el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal.
- Asimismo, puede continuar la obligación de abono de percepciones si, a través de pacto individual o colectivo, se ha acordado la percepción de cantidades, complementarias o no, de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

En definitiva, el nacimiento de la situación de incapacidad temporal, acreditada a través de los servicios médicos de los distintos Servicios de Salud, tiene efectos tanto para el trabajador, como para la empresa y para la Entidad Gestora. Ahora bien, como se ha indicado, el artículo 39 de la Ley de «acompañamiento» circunscribe los efectos del alta que pueda expedir el médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social exclusivamente a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por lo que, en principio, podría entenderse que todos los demás efectos que derivan de la situación del alta médica debían permanecer, al menos en tanto no se expidiese el alta por los facultativos de los Servicios de Salud.

Ahora bien, una interpretación como la señalada puede producir unos efectos extraños, que deberán tenerse en cuenta en la elaboración y promulgación de las normas reglamentarias, que desarrollen las nuevas previsiones legales. Piénsese en un proceso de incapacidad temporal, constatado a través de una baja del facultativo competente; esta situación generará los efectos antes señalados: suspensión de la relación laboral, reconocimiento de la prestación económica de la Seguridad Social, y mantenimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, efectos que se mantendrán hasta tanto no se formalice y expida la correspondiente alta (bien por el facultativo, por propia iniciativa o por medio de la propuesta de alta de la Entidad Gestora o Colaboradora, bien por la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social).

Por el contrario, podría darse el supuesto de otro proceso de incapacidad temporal, declarado, asimismo, a través de la formalización de la baja por el facultativo respectivo. Una vez generada esa baja, la incapacidad temporal despliega los efectos señalados. Sin embargo y en un momento determinado del proceso, los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social pueden formalizar el alta, que inmediatamente provocaría la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal. Del juego combinado de distintas normas laborales y de Seguridad Social (85) se desprenderían los siguientes efectos:

- El trabajador no podría acudir al trabajo, en cuanto el contrato de trabajo se ha suspendido como causa de la baja médica expedida por el facultativo de Salud, en cuanto que supone la necesidad de un reposo necesario para el restablecimiento de la capacidad de trabajo, que se ha visto alterada por las dolencias ocasionadas por la enfermedad o el accidente.
- La suspensión del contrato de trabajo ocasionaría la suspensión en el percibo de las prestaciones económicas, sin que las rentas que se dejan de percibir fuesen sustituidas por la prestación económica de la Seguridad Social, ya que aquella se habría extinguido.
- A pesar de que no existe salario ni prestación económica, subsistiría la obligación empresarial de cotizar por el trabajador durante la situación de incapacidad temporal.

Aunque esta situación no es extraña para el ordenamiento de la Seguridad Social, pues puede acaecer en todos aquellos casos de incapacidad temporal en los que el trabajador no cumple los requisitos para lucrar la prestación de incapacidad temporal (o sucede, en la actualidad, con los contratos de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial «*marginales*», suscritos antes del 17 de mayo de 1997), sin embargo, lo que puede ser paradójico es que, ante dos situaciones similares de incapacidad temporal, los efectos puedan ser distintos, según que haya existido o no la expedición de un alta por parte de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Frente a esta interpretación cabe otra que, con independencia del tenor literal del artículo 131.1.bis -en la redacción incorporada por el artículo 39 de la Ley 66/1997- logra una mayor coherencia con el ordenamiento de la Seguridad Social. La situación de incapacidad temporal (delimitada por la existencia de unas dolencias, constatadas por los facultativos de la Seguridad Social, que impiden la realización del trabajo o actividad que se venía desarrollando) produce la suspensión de la relación laboral y con ella la de trabajo y remuneración, inherentes al contrato; la pérdida temporal de rentas provoca el nacimiento de una prestación de Seguridad Social -la incapacidad temporal- que sustituye, precisamente, esas rentas o ingresos.

---

(85) Artículo 45.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y artículos 106.4 y 131.bis TRSS.

Una vez extinguido el subsidio económico, es decir, cesada la incapacidad para el trabajo (86), se ha de reanudar el contrato de trabajo y, consecuentemente, también los deberes y derechos recíprocos inherentes al mismo, que son básicamente la realización del trabajo y la percepción de un salario por el mismo. Por ello, la extinción del subsidio de incapacidad temporal, a través del alta expedida por el médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, provoca al tiempo la extinción de la propia situación de incapacidad temporal, sin que las competencias atribuidas a la Entidad Gestora citada afecte a la conveniencia o necesidad de que el interesado siga recibiendo tratamiento sanitario, cuestión esta que entra de lleno en las competencias de los Servicios de Salud.

Aunque esta última es la interpretación más coherente con una consideración en conjunto del ordenamiento jurídico, sin embargo, pueden plantearse dudas sobre su aplicación, teniendo en cuenta, se insiste, el propio tenor literal del artículo 131.1.bis TRSS, en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 66/1997.

Otra de las incógnitas a despejar en el desarrollo de las previsiones del artículo 39 de la Ley 66/1997 se residencia en el alcance objetivo de las nuevas competencias atribuidas a los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, es decir, respecto a qué procesos cabría la formalización de las altas médicas por los indicados facultativos. En una primera aproximación, podría entenderse que esa facultad se circunscribe únicamente a aquellos procesos de incapacidad temporal gestionados por la indicada Entidad Gestora. Sin embargo, cabe otra alternativa consistente en extender la facultad que se establece a los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, no sólo a los procesos de incapacidad temporal gestionados por la mencionada Entidad Gestora, sino a cualquier otro proceso de incapacidad temporal (87), debido a las siguientes razones:

- La facultad de formalización de altas se enmarca dentro de los mecanismos de control de la incapacidad temporal, mecanismos que no pueden confundirse con una merma de derechos de los afiliados a la Seguridad Social, sino, en todo caso, como un medio de eliminar o reducir la incidencia de la utilización indebida o fraudulenta de la protección social.
- Aunque los procesos de incapacidad temporal sean gestionados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o por las Mutuas, son todos ellos procesos que afectan a una misma prestación de Seguridad Social, con los mismos requisitos respecto al nacimiento del derecho y su mantenimiento, así como que los pagos que se originen por los mismos se imputen al presupuesto de la Seguridad Social, valorado en su conjunto.

---

(86) La extinción del subsidio de incapacidad temporal por el facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de la expedición del respectivo parte de alta médica, se producirá tras el reconocimiento del trabajador y de la constatación de que han desaparecido las dolencias o que, manteniéndose éstas, las mismas no inciden en la capacidad de efectuar el trabajo o la actividad.

(87) En cualquier caso, se entiende que esta facultad de extinción de la prestación económica de incapacidad temporal por la formalización de altas médicas expedidas por los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a procesos no gestionados por dicha Entidad Gestora no se puede extender a los procesos derivados de contingencias profesionales, gestionados por las Mutuas, en cuyo caso corresponde a los facultativos de éstas expedir los partes médicos de baja, confirmación de la baja o de alta, de acuerdo con lo previsto en los Reales Decretos 575/1997 y 576/1997, ambos de 18 de abril, y en la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla el primero de ellos.

- Que el propio tenor literal de la Ley no limita la expedición de altas por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social en los procesos de incapacidad temporal gestionados por dicha Entidad Gestora, mientras que el artículo 131.bis TRSS se aplica a todos los procesos de incapacidad temporal, con independencia de la Entidad Gestora que los gestione.

#### CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN DETERMINADOS SUPUESTOS ESPECIALES

Las modificaciones legales contenidas en la Ley de «acompañamiento» no afectan solamente al mantenimiento del derecho de la prestación económica de incapacidad temporal, sino también a la cuantía de dicha prestación en determinados supuestos, que se concretan en el ámbito de los trabajadores por cuenta propia, así como cuando la situación de incapacidad temporal se origina en personas que, previamente, se encontraban en la situación legal de desempleo.

Respecto al primer supuesto, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 66/1997 establece que, en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, así como para los trabajadores por cuenta propia, incluidos en los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar, los porcentajes aplicables a la base reguladora para la determinación de la prestación económica por incapacidad temporal, serán los vigentes respecto a los procesos derivados de contingencias comunes en el Régimen General.

La legislación anterior establecía los siguientes porcentajes, aplicables a la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal en los supuestos indicados: desde el día 15.º de baja, se aplicaba a la citada base reguladora el 75 por 100, mientras que en el Régimen General, el porcentaje era del 60 por 100, desde los días 16.º al 20.º de la baja, ambos inclusive, y el 75 por 100, a partir del 21.º día de la baja (88). De la modificación legal se deriva que la prestación económica por incapacidad temporal, en los procesos correspondientes a trabajadores por cuenta propia, tenga un importe equivalente a aplicar, desde los días 15.º al 20.º de la baja (89), el 60 por 100 de la base reguladora; a partir del día 21.º de la baja, ese porcentaje será del 75 por 100.

(88) Los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, cuando la misma deriva de enfermedad común y accidente no laboral, desde el día 4.º de la baja, en un importe equivalente al 60 por 100 de la respectiva base reguladora, si bien la prestación, desde los días 4.º al 15.º, ambos inclusive, y contados desde la fecha de la baja, no es abonada por el sistema de la Seguridad Social, sino que queda a la responsabilidad directa de las empresas, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del apartado 1, artículo 131 TRSS (artículo incorporado al ordenamiento de la Seguridad Social por el art. 6.º del Decreto-Ley 5/1992 -posteriormente derogado y sustituido por la Ley 28/1992-).

(89) La disposición adicional decimoquinta de la Ley 66/1997 afecta a los porcentajes a aplicar a la base reguladora para la determinación del importe de la prestación, pero no a la fecha en que nace el derecho de la prestación que, para los trabajadores por cuenta propia, se efectúa desde el día 15.º de la baja, mientras que para los trabajadores por cuenta ajena dicho nacimiento se produce, con cargo a la Seguridad Social, desde el día 16.º de la baja.



Un problema que se suscita es el de la cuantía de la prestación por incapacidad temporal, cuando la misma deriva de accidentes de trabajo, situación que puede concurrir en los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (90). Del tenor literal de la disposición legal podría interpretarse que, también en estos procesos, y en el período a partir del día 15.º de la baja y hasta el 20.º, el porcentaje a aplicar a la base reguladora es el del 60 por 100 (91). Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de la disposición -la equiparación de la acción protectora por incapacidad temporal a cargo de la Seguridad Social-, así como el contenido de la propia memoria explicativa de la Ley de «acompañamiento», la alternativa más plausible sería la de que la modificación normativa afecta únicamente a los procesos de incapacidad temporal, derivados de contingencias comunes, y no así cuando el proceso de incapacidad temporal deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (92).

La otra modificación legal que afecta a la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal incide en aquellos procesos correspondientes a personas que se encuentran en situación de desempleo, percibiendo la respectiva prestación (93). En la legislación anterior (94) y en los supuestos indicados, el interesado percibía la prestación correspondiente a la prestación económica por incapacidad temporal en una cuantía igual a la prestación por desempleo, salvo que la que corres-

(90) Los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, tienen incluida en el ámbito de la acción protectora dispensada, la derivada de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, circunstancia que no concurre en los afiliados al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

(91) Hay que tener en cuenta que, conforme a la legislación anterior al 1.º de enero de 1998, el porcentaje aplicable a la base reguladora era, en todos los casos del 75 por 100, cualquiera que fuese la contingencia que dio origen a la prestación.

(92) Sería un contrasentido que, en ese ánimo de equiparación de la acción protectora por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia con la correspondiente a los trabajadores por cuenta ajena, aquéllos se vieran perjudicados respecto a los procesos de incapacidad temporal originados por una causa profesional.

(93) Existe alguna controversia doctrinal sobre el alcance de la prestación de incapacidad temporal en los casos en que el interesado se encuentre, previamente, en una situación de incapacidad temporal. Para algunos, resulta difícil que, desde la situación de desempleo se pueda causar derecho a una prestación de Seguridad Social, como la de incapacidad temporal, que tiene como finalidad básica la de sustituir los salarios o ingresos, que una persona deja de obtener como consecuencia de su cese temporal en el trabajo o en la actividad profesional, motivado por unas dolencias originadas por una enfermedad o un accidente. Si, por definición, el desempleado (salvo los casos de desempleo parcial) no puede ejercer un trabajo o una actividad profesional y, por tanto, no puede procurarse los ingresos derivados de los mismos, la consecuencia lógica, en el supuesto de que a un desempleado se le prescriba un descanso para la restauración de su estado de salud, sería la de que el interesado continuase percibiendo la prestación por desempleo, hasta el agotamiento de la misma.

Para otros, por el contrario, es procedente que, en los casos señalados, se cause la prestación económica por incapacidad temporal. Para percibir la prestación por desempleo es necesario encontrarse en lo que el propio ordenamiento de Seguridad Social califica de «situación legal de desempleo», en la que es condición que el interesado esté en disposición de trabajar, es decir, que aquél quiera y pueda trabajar. La situación de incapacidad temporal, como constatación de la incapacidad de efectuar temporalmente un trabajo, priva al interesado de esa posibilidad de realizar un trabajo, con lo que la prestación que corresponde en la indicada situación es la propia de la prestación económica.

(94) Artículo 222.2 TRSS.

pondiera por incapacidad temporal fuese superior, en cuyo caso percibiría esta última (95) si bien el período de percepción de desempleo no se ampliaría por el hecho de que el interesado pasase a la situación de incapacidad temporal. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque no se amplíe el período de percepción de desempleo, una vez extinguido éste, el trabajador puede continuar percibiendo la prestación económica por incapacidad temporal, siempre que reúna los requisitos exigidos, con un plazo máximo de 18 meses, contados desde el momento en que nació el derecho a la incapacidad temporal. Reglas similares se aplican a los casos en que la desempleada pase a la situación por maternidad (96).

La novedad legal, que únicamente afecta a la prestación económica por incapacidad temporal, manteniéndose sin variación la regulación por maternidad, consiste en la supresión de la posibilidad de que, ante una determinada prestación, se percibiese una u otra cuantía, según fuese su importe. Por ello y a partir de 1.º de enero de 1998, cuando un trabajador se encuentre percibiendo las prestaciones por desempleo y pase a la situación de incapacidad temporal, el interesado percibirá la prestación correspondiente a esta situación (es decir, la prestación de IT), si bien -y aquí reside la modificación legislativa- en cuantía igual a la prestación por desempleo.

#### LA CONCATENACIÓN ENTRE LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE

La modificación legal llevada a cabo en la prestación económica por incapacidad temporal (anterior prestación de incapacidad laboral transitoria), a través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (titulada como otras posteriores de «medidas fiscales, administrativas y del orden social») estableció que, una vez agotado el período máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal, se examinase necesariamente el estado del interesado, a efectos de su calificación, en el grado que correspondiese, como incapacitado permanente, examen que debía llevarse a cabo en el plazo de tres meses, a partir de la fecha de extinción de la incapacidad temporal (97). No obstante y como excepción a la regla anterior, la propia Ley General de la Seguridad Social prevé que, en los casos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciese aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá ampliarse por el período preciso, que en ningún caso podrá superar los 30 meses siguientes a la fecha en que haya iniciado la incapacidad temporal.

(95) La cuantía de la prestación por incapacidad temporal, como se ha señalado y en los casos de procesos derivados de contingencias comunes, es del 60 por 100 de la base reguladora respectiva, desde el 16.º al 20.º de la baja y del 75 por 100, a partir del día 21.º. A su vez la prestación económica por desempleo tiene un importe resultado de aplicar a la base reguladora el 70 por 100 durante los primeros 180 días, y el 60 por 100, a partir del día 181. Por ello, y a igualdad de base reguladora (aunque suele ser más elevada en el caso del desempleo que en la prestación de IT por contingencias comunes) puede suceder que, a partir del día 21.º de la baja, pueda ser de cuantía más elevada la prestación por incapacidad temporal, que la correspondiente a desempleo. Desde luego, esta circunstancia sí suele originarse a partir del día 181 de percepción de la prestación por desempleo.

(96) También se aplican a los desempleados varones que se acojan a determinados períodos de descanso por maternidad, en los términos previstos en el artículo 48.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(97) Véase párrafo primero, del apartado 2, del artículo 131.bis TRSS.

El artículo 131 bis, apartado 3, regula los efectos respecto de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social de los indicados períodos de calificación de la incapacidad o de demora de la misma, precisando que, en esos períodos, se prorrogarán los efectos de la incapacidad temporal, hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciará el percibo de las prestaciones de incapacidad permanente, salvo en los supuestos en que estas últimas fuesen superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso las prestaciones económicas por incapacidad permanente se retrotraerán al momento de la extinción de la incapacidad temporal. Esta regulación tiene, a su vez, correspondencia con el contenido del artículo 134.1 TRSS, puesto que el período subsistente al agotamiento de la incapacidad temporal, y hasta que se procediese a la calificación, se considera *ope legis* como de incapacidad permanente, salvo en los casos de demora de la calificación, en cuyo supuesto no se accede a la situación de incapacidad permanente hasta tanto no proceda dicha calificación.

De un análisis conjunto de ambos preceptos (98), se desprende una cierta contradicción: de una parte, el período de demora de la calificación de la situación de incapacidad permanente no se considera como determinante de la situación de incapacidad permanente -art. 134.1, párrafo 3.º TRSS-, pero, de otra -art. 131.bis. 3- se abre la posibilidad de que, calificada la incapacidad permanente (momento en el que se accede a la situación de incapacidad permanente) las prestaciones correspondientes puedan retrotraerse a la fecha de extinción de la incapacidad temporal.

A su vez, hay que dilucidar en qué situación se encuentra un interesado en ese período de demora de la calificación a efectos de la incapacidad permanente. Cuando, una vez extinguida la prestación económica por incapacidad temporal, la respectiva Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través del dictamen del Equipo de Valoración de la Incapacidad -EVI- procede a la demora en la calificación, esta situación se basa en un hecho incuestionable como es que, en dicho momento, todavía no están objetivadas unas dolencias previsiblemente permanentes que afectan a la capacidad laboral del trabajador, puesto que, de lo contrario, lo procedente no sería la demora en la calificación, sino precisamente la realización de ésta. En conclusión, acordada la demora, el interesado se encuentra en una situación próxima a la de incapacidad temporal, por más que la misma se haya extinguido previamente.

Desde esta premisa, no resulta coherente que, una vez calificada la situación de incapacidad permanente y reconocidas las correspondientes prestaciones económicas, éstas puedan retrotraerse al momento de la extinción de la incapacidad temporal, es decir, que puedan reconocerse unas prestaciones por incapacidad permanente por unos períodos en los que, realmente, no concurrían los requisitos condicionantes de la situación de incapacidad permanente (99).

---

(98) Apartado 3 del artículo 131 bis y párrafo 3.º del apartado 1, del artículo 134, ambos del TRSS.

(99) No sucede la misma situación en los casos en los que, entre la extinción de la incapacidad temporal y la calificación de la situación de incapacidad permanente, no hay ninguna interrupción, más allá de la tardanza de la propia Administración. En estos casos, calificada la incapacidad permanente y reconocidas las correspondientes prestaciones económicas, es lógico que aquéllas puedan retrotraerse a la fecha de extinción de la incapacidad temporal, puesto que, en principio, las dolencias previsiblemente permanentes estaban objetivadas en dicha fecha (o, al menos nada hay que impida esa consideración).

Tal vez, a dar solución a esa contradicción señalada, el artículo 45 de la Ley 66/1997 modifica el párrafo 3.º del artículo 131.bis TRSS, en virtud del cual, y manteniendo el principio general de la posibilidad de retrotraer los efectos económicos de las prestaciones de incapacidad permanente a la fecha de extinción de la incapacidad temporal, sin embargo, excepciona de la aplicación del mismo los supuestos en que, previamente a la calificación, se haya procedido a una demora de la misma, en los términos establecidos en el párrafo 2.º, apartado 1, artículo 131 bis, en cuyo caso, durante tales períodos de demora se prorrogarán los efectos económicos de la incapacidad temporal hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuyo momento se iniciarán las prestaciones correspondientes a esta última.

No obstante, deben valorarse los efectos de la modificación legislativa, así como el alcance de la misma. De la lectura del apartado 3 del artículo 131.bis TRSS se desprende que la única variación, frente a la normativa anterior, se residencia en los efectos económicos de las prestaciones por incapacidad permanente, en los casos en que, extinguida la incapacidad temporal, no se procede inmediatamente a la calificación del estado del interesado, sino que se establece una demora en tal calificación, sin que se alteren otros supuestos, como puede ser, entre otros, el de la determinación del hecho causante de la propia prestación. Se entiende que una interpretación que extendiese los efectos de la modificación normativa a aspectos diferentes a los efectos de las prestaciones económicas por incapacidad permanente carecería de cobertura legal y, más aún, si ello produjese un perjuicio para el interesado (100).

---

(100) Ese perjuicio para el interesado se derivaría, por ejemplo, si se entendiese que la nueva regulación legal ha alterado la fecha del hecho causante de la prestación, pasándola desde la fecha de extinción de la incapacidad temporal a la fecha de la calificación del EVI. Debe tenerse en cuenta que es precisamente el hecho causante el que determina, a su vez, los requisitos que debe acreditar el interesado.

Piénsese, por ejemplo, en una persona a la que se le extingue la incapacidad temporal, y sobre la cual existe un pronunciamiento expreso de demora en la calificación de la situación incapacitante, calificación que se lleva a cabo a los 10 meses del agotamiento de la incapacidad temporal. Si se entendiera causada la prestación en el momento de la calificación, el interesado vería incrementado el período mínimo de cotización exigible, con el agravante de que, una vez agotada la incapacidad temporal, no existe obligación de cotizar; a su vez, la cuantía de la prestación se vería modificada puesto que en su base reguladora podrían incluirse las correspondientes a esas mensualidades de demora, que no están cotizadas (lagunas de cotización que se tomarían por la cuantía de la base mínima de cotización, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, o por un «importe cero» en los casos de trabajadores por cuenta propia).

Por último, también podría tener efecto en cuanto al propio acceso a la prestación. El apartado 1, del artículo 138 TRSS (en la redacción dada por el art. 8.º de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social) establece que no se reconocerá el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que la origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante de la prestación tuviese la edad de 65 años y cumplierse los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Si se entendiese que el artículo 45 de la Ley 66/1997 hubiese variado la determinación del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente, cuando la calificación ha venido precedida de un período de «demora», podría darse el supuesto de que una persona cumplierse, en el transcurso de dicho período, la edad de 65 años, con las consecuencias de la imposibilidad de acceso de una prestación de incapacidad permanente.

### 3.3. Modificaciones relacionadas con las prestaciones de muerte y supervivencia.

También las prestaciones por muerte y supervivencia, en particular las de viudedad y de orfandad, son objeto de alteración en su regulación jurídica por la Ley 66/1997, si bien con distinta intensidad, pues si bien la modificación de la pensión de orfandad únicamente afecta a los requisitos que deben cumplir los interesados, cuando tienen 18 o más años, por el contrario, en lo que se refiere a la pensión de viudedad, la modificación es de mayor alcance, ya que la misma abre la posibilidad de que puedan causarse pensiones de esta naturaleza (y por derivación a las de orfandad), aunque el causante de las prestaciones no se encontrase, en el momento del fallecimiento, en una situación de alta o de situación asimilada a la de alta (101).

#### PENSIÓN DE ORFANDAD

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, modificó, a través de su artículo 10, el artículo 175 TRSS, posibilitando que se mantuviese el derecho a las pensiones de orfandad o se generase un nuevo derecho, aunque el pensionista tuviese más de 18 años (102), siempre que el mismo no ejerciese un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

La rigidez de la Ley podría dar lugar a que se pudiese perder el derecho a una pensión de orfandad por la realización de un trabajo o actividad, aunque el salario o los ingresos obtenidos de uno u otra fuesen escasos y de menor cuantía que la pensión, en cuyo caso, el único recurso que le quedaba al interesado era el cese en el trabajo.

(101) No obstante, la reforma no introduce una modificación profunda en la protección por muerte y supervivencia en la Seguridad Social. En este sentido, véase SASTRE IBARRECHE, R.: «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social. La necesidad de una reforma». *Temas Laborales*. Núm. 39. Madrid. 1996. Un análisis de la reforma de la acción protectora llevada a cabo por la Ley 24/1997 se encuentra en MERCADER UGUINA, J.: «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social». *Tribuna Social*. Diciembre. 1997.

(102) En la legislación anterior a la Ley 24/1997, las pensiones de orfandad se extinguían cuando el pensionista alcanzaba la edad de 18 años, salvo que se tratase de huérfanos incapacitados. El límite de los 18 años podía originar situaciones de desprotección social (con mayor incidencia en los casos de la denominada orfandad absoluta, es decir, inexistencia de ambos padres), de ahí que desde varias instancias se solicitase su ampliación. Esa ampliación de los límites de la pensión de orfandad también constituyó un punto de atención del Congreso de los Diputados, que lo incluyó en la Recomendación 12.<sup>a</sup> del denominado «Pacto de Toledo».

El artículo 10.Uno de la Ley 24/1997 dio nueva redacción al artículo 175 TRSS, mediante el que manteniendo el principio general de extinción de la pensión de orfandad cuando el beneficiario cumpliera los 18 años (salvo en los casos de personas incapacitadas), posibilitó el mantenimiento del derecho hasta los 21 años (23, en los casos de inexistencia de ambos padres), en aquellos casos en que el pensionista no trabajase. El pase desde los 18 a los 21 años se efectúa de forma paulatina, en los términos establecidos en la disposición transitoria sexta.bis, en la redacción dada por el apartado Dos de la Ley 24/1997.

Para flexibilizar la rigidez anterior, el artículo 46 de la Ley 66/1997 modifica apartado 2 del artículo 175 TRSS, posibilitando que se pueda simultanear el percibo de una pensión de orfandad y la realización de un trabajo o de una actividad, siempre que los ingresos que obtengan de los mismos no superen, en cómputo anual, el 75 por 100 de la cuantía, también en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento (103).

#### PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD, CAUSADAS DESDE UNA SITUACIÓN DE NO ALTA

La disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997 modifica los apartados 1, 2 y 3 del artículo 174 y el apartado 1 del artículo 175 TRSS, posibilitando que las pensiones por viudedad u orfandad se puedan generar, aunque el causante, en el momento de su fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada.

Hasta el año 1985 era una regla general que, a efectos de las correspondientes prestaciones, el causante de la misma se debía encontrar en alta o en una situación que el ordenamiento de la Seguridad Social calificase de asimilación al alta. Este principio general fue modificado por la Ley 26/1985, de 31 de julio, mediante la que posibilitó que las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, estas últimas en los grados de invalidez absoluta y de gran invalidez, pudiesen causarse aunque el interesado no estuviese en alta en la Seguridad Social; sin embargo, esa posibilidad no se extendió a las pensiones por muerte y supervivencia, lo cual podía ocasionar que unas personas perdieran el derecho a una pensión, aunque el familiar fallecido hubiese completado «*largos períodos de aseguramiento*» con el sistema, por el mero hecho de que, en la fecha del fallecimiento no se encontrase en alta o en situación asimilada.

Esta situación se intenta remediar a través de la modificación legislativa, en la que manteniendo los requisitos básicos para el acceso a una pensión de viudedad (matrimonio, situación de alta o asimilada por parte del fallecido y que el mismo hubiese completado el período mínimo de cotización exigido -500 días dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento-), se establece que también tendrán derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, en la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada al alta, pero condicionado dicho acceso a que aquél hubiese completado un período mínimo de 22 años de cotización.

---

(103) Téngase en cuenta que la nueva regulación legal de la pensión de orfandad, en lo que respecta a los límites de edad, así como a la posibilidad de simultanear la percepción de la pensión con la realización de un trabajo, siempre que los ingresos obtenidos en el mismo no superen el 75 por 100 del salario mínimo, se ha aplicado a las pensiones en favor de los nietos o hermanos del causante, de conformidad y en los términos previstos en el artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en la redacción dada por la disposición adicional novena del Real Decreto 1/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para el ejercicio 1998.

La nueva regulación no sólo se aplica a los fallecimientos que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/1997, sino que se le da carácter retroactivo, es decir, que es de aplicación también a los fallecimientos que se hayan producido anteriormente, si bien los efectos económicos no podrán retrotraerse a una fecha anterior al 1.º de enero de 1998 (104).

La modificación legal no altera los supuestos de distribución de la pensión de viudedad cuando haya mediado separación o divorcio, en cuyo caso, y en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 174 TRSS (105), el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no se hubiesen contraído nuevas nupcias (106), en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio (107).

Se aprovecha la modificación legal para completar una laguna legal existente con anterioridad, circunscrita a los supuestos en que, previamente al fallecimiento del causante, hubiese existido nulidad del matrimonio. En estos casos, la práctica administrativa venía negando el derecho a la pensión de viudedad, en cuanto que entendía que la nulidad del matrimonio privaba de efectos al mismo,

(104) El carácter retroactivo se deduce del contenido del tercer párrafo, apartado 1, artículo 174 TRSS, en la redacción dada por la disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997, a cuyo tenor, «en ningún caso se tendrá derecho al cobro de cantidades correspondientes a ejercicios anteriores a 1.º de enero de 1998». El hecho de que se ponga límite al derecho al cobro, indica que el derecho ha podido nacer antes, con lo cual se está admitiendo el carácter retroactivo de la disposición, a pesar de la deficiente regulación jurídica. De otra parte, si no se quisiera dar carácter retroactivo a la disposición, su tenor literal sería absurdo, puesto que la fecha de publicación de la Ley 66/1997 y su entrada en vigor impediría que, en ningún supuesto, el derecho a la prestación pudiera nacer el 1.º de enero de 1998.

(105) Incorporado en virtud de lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de modificación del Código Civil. Para un análisis jurisprudencial de la cuestión, véase DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Pensión de viudedad y divorcio. (Comentario de la STS de 21 de marzo de 1995)». *Actualidad Laboral*. Núm. 11. Madrid. 1997.

(106) El contraer nuevas nupcias supone causa de extinción de la pensión de viudedad, a tenor de lo previsto en la Orden de 13 de febrero de 1967 y, a partir de 1.º de enero de 1998, por imperio de lo establecido en la propia Ley General de la Seguridad Social.

(107) La forma de «prorrata» de la pensión de viudedad en los supuestos de concurrencia, en el momento del fallecimiento del causante, de una persona que fuese cónyuge de aquél con otra que lo hubiese sido también en un momento anterior, ha sido objeto de variación, tanto por variación de los criterios administrativos aplicables, como por la modificación de los criterios jurisprudenciales.

En un primer momento, la «prorrata» del importe de la pensión de viudedad se efectuaba teniendo en cuenta la proporción de los tiempos de convivencia efectiva con el causante, haciendo abstracción de los períodos en los que no existió matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Supremo varió este criterio -SSTS de 21 de marzo, 10 de abril y 26 de abril, todas ellas de 1995-, mediante los cuales se delimitó el alcance de la distribución proporcional de la pensión de viudedad, en los supuestos señalados, atribuyendo la totalidad de la pensión de viudedad a quien, en el momento del fallecimiento, ostentaba la condición de cónyuge del fallecido; de esta cuantía, se minoraba, en favor de la persona que hubiese sido en otro momento cónyuge del causante, la parte proporcional de la pensión, en función del tiempo convivido con aquél, proporcionalidad que se determina en razón de la relación existente entre tales períodos y el que va entre la fecha del primer matrimonio y el fallecimiento; es decir, que los «períodos en blanco» benefician a quien, en el momento del fallecimiento, ostenta la condición de cónyuge.

Estos criterios jurisprudenciales han sido recogidos en la práctica administrativa por la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social 2/1997, de 20 de febrero.

es decir, lo tenía como no celebrado. Sin embargo, el Tribunal Supremo (108) entendió aplicable, por analogía, lo dispuesto en la legislación de Seguridad Social en los casos en que hubiese mediado separación o divorcio, a los supuestos de nulidad matrimonial, criterio que fue acogido por la práctica administrativa (109).

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 174 TRSS incorpora, a la Ley General de la Seguridad Social, el criterio jurisprudencial antes señalado, de manera que, en los casos de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe (110).

Los criterios expuestos respecto de la pensión de viudedad también se extienden a las pensiones de orfandad, siempre que el causante, en el momento del fallecimiento, no se encontrase en alta o en una situación asimilada a la misma, pero hubiese completado un período de cotización de 22 años. En tales casos, también podrán generarse pensiones de orfandad.

Dada la íntima relación entre las distintas prestaciones por muerte y supervivencia -reguladas en el Capítulo VIII, Título II TRSS-, cabe la duda de si, respecto a las demás prestaciones económicas y, en particular, por lo que se refiere a las pensiones en favor de determinados familiares, (art. 176 TRSS), las mismas podrían reconocerse, con independencia de que el causante no se encontrase, en el momento del fallecimiento, en situación de alta o asimilada al alta, pero hubiese completado un período de cotización de 22 años.

A pesar de la estrecha relación entre las pensiones por muerte y supervivencia, se entiende que la duda anterior ha de ser resuelta en sentido negativo, puesto que el artículo 172 TRSS condiciona la posibilidad de causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, entre otros requisitos, a que el causante cumpla la condición general exigida en el número 1 del artículo 124 TRSS, es decir, a que se encuentre en una situación de alta o asimilada, salvo disposición legal expresa en contrario. Esa disposición expresa en contrario se prevé, respecto de las pensiones de viudedad y de orfandad, en la disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997, pero sin que exista un pronunciamiento expreso respecto al artículo 176 de dicha Ley (que regula las prestaciones en favor de familiares), por lo que cabe concluir que estas prestaciones no pueden causarse si el causante, en la fecha del fallecimiento, no se encuentra en alta o en situación asimilada.

---

(108) Sentencias de 11 de febrero de 1985, 28 de diciembre de 1992, 1 de diciembre de 1993 y 11 de febrero de 1994.

(109) Véase la Resolución de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 3 de abril de 1995 (BOE de 10 de abril de 1995).

(110) Conforme a lo previsto en el artículo 79 del Código Civil, se presume la buena fe, por lo que habrá que considerar existente la misma salvo que, respecto del cónyuge, se hubiese efectuado en la sentencia judicial pronunciamiento de mala fe. Este criterio es el seguido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995.



Por último, indicar que la nueva regulación en orden a la posibilidad de causar pensiones de viudedad u orfandad, aunque el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada, se extiende a todos los Regímenes de la Seguridad Social, de acuerdo con el contenido de la disposición adicional octava TRSS, en la redacción dada por el apartado Tres de la disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997.

#### *3.4. Otras modificaciones en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social: la validez de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta, en el Régimen Especial de Autónomos.*

La validez de las cotizaciones correspondientes a períodos de actividad, pero anteriores a la formalización del alta, en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, es un tema complejo que ha dado lugar a una secuencia de reglas jurídicas dispares, a criterios administrativos cambiantes y a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales (111).

Los Tribunales han venido entendiendo que las cotizaciones efectuadas a las antiguas Mutualidades Laborales de Trabajadores Autónomos, al amparo de la Orden de 30 de mayo de 1962, y correspondientes a períodos de actividad anteriores al momento de la afiliación a cualquiera de las citadas Mutualidades tenían plena validez a efectos del reconocimiento y determinación del derecho a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social.

A su vez, en lo que respecta a las cotizaciones correspondientes a períodos de actividades realizados en fechas anteriores a la formalización del alta, practicadas entre el 1.º de octubre de 1970 (es decir, en plena vigencia del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto) y antes del 30 de marzo de 1986 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero, que modificó el anterior), dichas cotizaciones son válidas, una vez practicadas las correspondientes altas, como señalan determinadas sentencias del Tribunal Supremo (112).

Por último, respecto a las cotizaciones por períodos de actividad anteriores al alta a partir del 13 de marzo de 1986, las mismas no tienen efectos ni son válidas para las prestaciones de la Seguridad Social (113).

---

(111) Para un análisis de la cuestión véase GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M.: «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de Seguridad Social y sus efectos sobre las prestaciones económicas de los trabajadores por cuenta propia». ARANZADI SOCIAL. Núm. 10. Septiembre. 1997.

(112) Véanse las SSTS, dictadas en recursos para la unificación de doctrina de 20 de febrero de 1993 o la de 8 de octubre de 1996.

(113) Estos criterios han sido recogidos en la práctica administrativa, como se recoge en el escrito de los Servicios centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica), de 12 de junio de 1997.

No obstante lo anterior, la disposición adicional décima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo (disposición cuyo contenido fue recogido en la adicional novena TRSS) estableció que cuando, reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no se hubiese solicitado la preceptiva alta, en los términos y plazos reglamentariamente establecidos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producirían efectos respecto a las prestaciones, una vez fuesen ingresadas con los recargos que legalmente procedan, precisándose además que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las señaladas cotizaciones darían también lugar al devengo de intereses, 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 (114).

En aplicación de la disposición legal señalada, el Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, previó, a través de su disposición transitoria segunda, que la validez de las cotizaciones por períodos de actividad anteriores a la formalización del alta, en los términos señalados, únicamente eran de aplicación respecto de las altas formalizadas a partir del 1.º de enero de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1993.

La disposición transitoria segunda del mencionado Real Decreto 2110/1994 fue entendida como *ultra vires* por el Tribunal Supremo (115), al entender que la restricción reglamentaria al contenido de la Ley 22/1993, en el sentido de dar validez únicamente a las altas practicadas a partir del 1.º de enero de 1994 no tenía cobertura legal y, en consecuencia, lo previsto en la misma debía aplicarse a todos aquellos supuestos en que el hecho causante de la correspondiente prestación se originase a partir de la indicada fecha, con independencia del momento en que se formalizase el alta (116). Este criterio jurisprudencial, dada su reiteración, fue acogido en la práctica administrativa (117).

---

(114) De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, el tipo del interés legal del dinero ha quedado fijado, a partir del 1.º de enero de 1998 en el 5'5 por 100.

(115) Criterio contenido en las SSTs de 10 y 11 de octubre y 15 de noviembre de 1996; o 28 de febrero y 11, 17, 18 y 20 de marzo, todas ellas de 1997, y dictadas en recursos para la unificación de doctrina. Los criterios señalados han sido reiterados por sentencias posteriores.

(116) El criterio del Tribunal Supremo, aunque podría entenderse conforme con la literalidad de la disposición adicional décima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, deja en el aire la forma en la que se cumpla el requisito a que esa disposición adicional condiciona la validez de tales cotizaciones, cual es el que las mismas devengasen intereses a partir del momento en que debieron ser ingresados y el momento de su efectivo ingreso.

(117) Escrito de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 12 de junio de 1997.

Sin embargo, la disposición adicional segunda de la Ley 66/1997, introduce una precisión legal en la disposición adicional novena TRSS, en el sentido de que lo previsto en la misma -es decir, la validez de las cotizaciones practicadas en el momento del alta y por períodos de actividad anteriores a la misma- únicamente es de aplicación con respecto a las altas formalizadas a partir de 1.º de enero de 1994. Con ello se lleva a norma con rango de Ley el contenido de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 2110/1994, el cual, como se ha señalado había sido tachado de *ultra vires* por el Alto Tribunal.

#### 4. Modificaciones en el ámbito de la gestión de la Seguridad Social.

La Ley 66/1997 también modifica aspectos de la gestión de la Seguridad Social, en particular, en lo que respecta a la llevada a cabo por las entidades privadas en régimen de colaboración (118), puesto que la incidencia en el ámbito de la gestión llevada a cabo por las Entidades Gestoras públicas se limita al contenido del artículo 35, el cual reproduce con pequeñas alteraciones, el contenido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley 42/1994, sobre suministro de información a las Entidades Gestoras. La modificación únicamente consiste en alterar la mención a los «*organismos correspondientes del Ministerio de Justicia*» por la de «*los Registros Civiles, dependientes de la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia*», como obligados a suministrar, en colaboración con los organismos correspondientes del Ministerio de Economía y Hacienda, a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, responsables de la gestión de las prestaciones económicas y en el plazo de tres meses desde que se produzcan, los datos relativos a los fallecimientos, así como sobre el matrimonio de las personas viudas.

##### 4.1. Incidencia en el ámbito de actuación de las Mutuas.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, introduce modificaciones que afectan tanto en la configuración jurídica de las Mutuas, como en lo que respecta a su ámbito de actuación. Por lo que se refiere a este último, la disposición adicional decimocuarta establece un régimen de exclusividad para las Mutuas, en lo que respecta a la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia.

---

(118) Las entidades colaboradoras de la Seguridad Social aparecen reguladas en la Sección 4.ª del Capítulo VIII, Título I, TRSS. Conforme al artículo 67 TRSS la colaboración en la gestión de la Seguridad Social se lleva a cabo por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y por las empresas. Aunque el apartado 2 del mismo artículo prevé que la colaboración en la gestión pueda realizarse también a través de asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público, tal previsión no ha sido objeto de aplicación en la práctica.

Aunque tradicionalmente las Mutuas tenían un ámbito de actuación exclusivo -la gestión de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales- (119), a partir de principios de la década de los noventa se inicia un proceso que implica una constante ampliación de este ámbito. En tal sentido, la disposición adicional undécima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, previó que los trabajadores por cuenta propia podrían elegir entre tener cubierta o no, a través de la Seguridad Social, la protección económica ante la situación de incapacidad temporal; en caso de que la elección fuese por la cobertura de la situación de incapacidad temporal, los interesados podrían optar, a su vez, por que dicha prestación fuese gestionada por la Entidad Gestora respectiva o por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (120). Esa posibilidad se incorporó a la disposición adicional novena TRSS.

Las condiciones en que ha de ser llevada a cabo esa gestión las difiere la propia Ley a la norma reglamentaria (121), en la que deberán contenerse, asimismo, las fórmulas que, con respeto de las competencias de los Servicios de Salud en la expedición de las altas y las bajas, permitan a las Mutuas un control en la gestión de estas prestaciones.

La novedad que se produce con la disposición adicional decimocuarta de la Ley 66/1997 reside en que ubica en el ámbito de actuación de las Mutuas la gestión de la prestación de incapacidad temporal correspondiente a los trabajadores por cuenta propia, cuando los mismos opten por incluir, dentro del ámbito de la Seguridad Social, la cobertura de dicha prestación. En tal sentido, y a partir de 1998, la gestión de esa prestación de la Seguridad Social se efectuará de la siguiente forma:

- Para los trabajadores por cuenta propia que se afilien o formalicen el alta a partir de 1.º de enero de 1998, y que opten por incluir, dentro del ámbito de cobertura dispensada, la prestación de incapacidad temporal, la gestión de la indicada prestación será llevada a cabo exclusivamente por tales Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

---

(119) Sobre los antecedentes, evolución y régimen jurídico de las Mutuas, si bien con anterioridad a las modificaciones de los años noventa, véase el estudio de SEMPÈRE NAVARRO, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*. Ed. Civitas. Madrid. 1986.

(120) En la redacción originaria de la disposición adicional novena TRSS esa posibilidad de opción se extendía, asimismo, a las Mutualidades de Previsión Social. No obstante, esa posibilidad fue suprimida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados.

(121) Estas normas reglamentarias se establecen en el Reglamento de colaboración de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. Sobre la actuación de las Mutuas respecto a la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, véase PÉREZ ALONSO, M.A.: «La colaboración de las Mutuas en la gestión de la IT». *Tribuna Social*. Octubre. 1996; PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social: las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y la incapacidad temporal». *Relaciones Laborales*. Núm. 14. Madrid. Julio. 1997; VIROLES PIÑOL, R.M.: «Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo en la gestión de la incapacidad temporal». *Actualidad Laboral*. Núm. 44. Madrid. Diciembre. 1997 y RUIZ LARREA, P., *op. cit.*

- De igual modo, aquellos trabajadores por cuenta propia, en alta antes de 1.º de enero de 1998, y que, habiendo optado por la prestación de incapacidad temporal, viniesen recibiendo la misma a través de una Mutua, únicamente podrán variar la opción ejercida en favor de otra Entidad Colaboradora, sin que, en consecuencia, puedan ya optar por que la gestión de la indicada prestación sea ejercida por la Entidad Gestora correspondiente (122).

Pero la mayor modificación se produce a través de la disposición adicional quincuagésima de la Ley 66/1997, en virtud del cual se procede a dar nueva redacción a determinados apartados del artículo 68 TRSS, artículo que define a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

La modificación consiste en dar nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3, y en añadir un nuevo apartado 7 al citado artículo 68 TRSS (123), en el sentido siguiente:

(122) En la Ley 66/1997 se produce una cierta disparidad entre el contenido de la disposición adicional decimocuarta y el artículo 68.2 TRSS, en la redacción dada por la disposición adicional quincuagésima de la Ley 66/1997. A tenor de la primera y para todos los trabajadores por cuenta propia, que opten por tener cubierta la incapacidad temporal, la gestión de la misma será llevada a cabo por una Mutua; al no producir ninguna distinción la Ley, hay que entender incluidos, dentro del término «*trabajador por cuenta propia*», a los trabajadores por cuenta propia, incorporados al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. Por el contrario, el apartado 2 del artículo 68, en la nueva redacción dada por la disposición adicional quincuagésima de la Ley 66/1997, al referirse al ámbito de actuación de las Mutuas, únicamente menciona a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, excluyendo, indirectamente, a los incluidos en el Régimen de Trabajadores del Mar.

(123) En la propia Ley se produce una contradicción entre el inicio de la disposición adicional quincuagésima y su contenido. De acuerdo con el primero, el propósito de la modificación es dar nueva redacción a los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 68 TRSS, incorporando un nuevo apartado 7 y manteniendo la redacción de los apartados 5 y 6; sin embargo, en la disposición únicamente se da nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3, sin que figure ninguna redacción al apartado 4.

La contradicción puede deberse a que, en la aprobación final de la Ley, no se modificó el inicio de la disposición adicional, aunque sí se varió su contenido. Esta disposición, que no figuraba en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno, ni en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados, fue introducida a través de una enmienda al proyecto de Ley, en su tramitación ante el Senado, enmienda a través de la cual sí se daba nueva redacción al apartado 4 del artículo 68 TRSS, pero que desapareció en la aprobación final del proyecto de Ley.

De otra parte, la redacción definitiva del artículo 68 TRSS introduce una distorsión normativa, en cuanto que la disposición adicional quincuagésima de la Ley 66/1997 incorpora a dicho artículo 68 TRSS un nuevo apartado 7, cuando, en la redacción previa a la Ley 66/1996, el artículo 68 TRSS únicamente contaba con cinco apartados. En consecuencia, de la redacción final surge la duda de si, con la nueva redacción de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 68 TRSS, los anteriores apartados 3, 4 y 5, pasan a numerarse como 4, 5 y 6 (con lo cual tendría sentido la incorporación de un nuevo apartado 7) o, por el contrario, el artículo 68 TRSS cuenta con cinco apartados, numerados consecutivos, y un nuevo apartado 7.

La duda tiene una trascendencia significativa, en cuanto que, en la primera hipótesis, se mantendría el anterior apartado 3 del artículo 68 TRSS (que expresamente prohibía que las Mutuas pudieran dar lugar a la percepción de beneficios económicos de ninguna clase en favor de los asociados), que pasaría a constituir el número 4; por el contrario, en la segunda alternativa, este apartado desaparecería, puesto que el anterior apartado 3 del artículo 68 TRSS es objeto de nueva redacción por la disposición adicional quincuagésima TRSS, aunque sin ninguna relación con el anterior contenido.

- A través del nuevo apartado 1 se procede a la definición de las Mutuas, incorporando parcialmente, el contenido del anterior apartado 1 y el primer párrafo del apartado 2. Se mantienen las notas básicas de las Mutuas, en el sentido de ser asociaciones de empresarios legalmente constituidas, sin ánimo de lucro y con la responsabilidad mancomunada de sus asociados, con la finalidad básica de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le estén legalmente atribuidas (124).
- A través del apartado 2 -de nueva redacción- se enumeran las actividades que pueden realizar las Mutuas, como son las de gestión de las contingencias profesionales; la realización de actividades de prevención (125), recuperación y rehabilitación previstas en la Ley, tanto las comprendidas dentro de las contingencias profesionales, como las correspondientes a su constitución como servicios de prevención; la colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes; así como otras actividades, servicios o prestaciones que les atribuya la Ley.
- Mediante el apartado 3 -que mantiene buena parte de la redacción del anterior apartado 2 del art. 68- se regulan las obligaciones que asumen las Mutuas en su actuación como entes colaboradores en la gestión de la Seguridad Social, consistentes en repartir entre sus asociados:

(124) De la nueva definición legal destacan la desaparición del objeto exclusivo en la gestión de las contingencias profesionales, y su sustitución por el de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social (en lógica correspondencia con la asunción por parte de las Mutuas de la gestión de prestaciones derivadas de contingencias comunes -incapacidad temporal-), así como la consagración dentro de la legislación de la Seguridad Social, de la posibilidad de las Mutuas de poder gestionar actividades o servicios al margen de la Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su desarrollo posterior por el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, produce un cambio significativo en la actuación de las Mutuas, ya que, por primera vez, se amplía su campo de actuación más allá de las tradicionales funciones gestoras de la Seguridad Social. Aunque la prevención de los riesgos laborales, el cuidado de la «salud laboral», se residencia en la empresa, la cual tendrá que constituir o concertar la actuación de los correspondientes servicios de prevención, la propia Ley prevé la actuación en este campo de las Mutuas, en cuanto que su artículo 32 establece que estas entidades podrán desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención, con sujeción a lo establecido en el apartado 5 del artículo 31, apartado que condiciona la actuación de los servicios de prevención a la previa acreditación por parte de la Administración Laboral.

En consecuencia, una vez que quedan acreditadas, las Mutuas podrán desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención. La regulación de la actuación de las Mutuas en los ámbitos preventivos está recogida en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 22 de abril de 1997.

(125) Para un análisis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su incidencia en el ámbito de actuación de las Mutuas, véase APARICIO TOVAR, J. y *al.*: «La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales». *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Núm. 7. Madrid. 1996; BLASCO LAHOZ, J.F.: «La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales». *Actualidad Laboral*. Núm. 29, Madrid. Julio. 1997; GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales». *Actualidad Laboral*. Núm. 8. Febrero 1997; GONZÁLEZ ESCANDÓN, L.: «El papel de las Mutuas en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 169. Abril. 1997.

- El coste de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.
  - El coste de los servicios y actividades de prevención relacionados con las contingencias profesionales, así como la contribución a los servicios de prevención y recuperación y demás previstos en la propia Ley General de la Seguridad Social.
  - Los gastos de la propia entidad, y
  - Los costes derivados de la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes.
- Como se ha señalado, se mantiene la redacción de los anteriores apartados 4 (regulador del patrimonio histórico o privativo de las Mutuas), así como 5 (que prevé la exención tributaria de las Mutuas en los mismos términos que las Entidades Gestoras).
  - Por último, se incorpora un nuevo apartado 7, que prevé que la inspección y control de las Mutuas quedan atribuidos al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en los términos señalados en el artículo 5.2 c) de la propia Ley General de la Seguridad Social (126).

#### 4.2. Incidencia en el ámbito de actuación de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social.

La disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997 introduce una modificación en el ámbito de la colaboración voluntaria de las empresas que, sin afectar a su regulación específica (127), sí que implica una alteración del modo de financiación de las mismas, así como una congelación respecto a ulteriores autorizaciones. Ahora bien, el contenido de esta disposición transitoria no afecta a todas las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, sino a aquellas en las que el ámbito de colaboración se circunscribe a las prestaciones de asistencia sanitaria y a la incapacidad temporal, cuando ambas prestaciones derivan de contingencias comunes (128).

(126) En este apartado 7, de nueva incorporación al artículo 68 TRSS, se produce una nueva distorsión normativa en el ordenamiento de la Seguridad Social. Este apartado 7 se refiere a que las funciones de «*inspección y control*» sobre las Mutuas, ejercidas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se llevarán a cabo conforme al artículo 5.2 c). Sin embargo este último artículo se refiere a la «*dirección y tutela*» sobre las Entidades Gestoras y colaboradoras, funciones que atribuye al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Departamento al que también corresponde, de acuerdo con el párrafo d) del apartado 2, artículo 5.º TRSS, la inspección sobre la Seguridad Social (y, por tanto, también sobre las Mutuas).

A su vez, el apartado 1 del artículo 71 TRSS, no modificado por la Ley 66/1997, ubica dentro de las competencias del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las de «*dirección y tutela*» sobre las Mutuas, en los términos señalados en el apartado 5.2 c).

(127) En lo que se refiere a los requisitos para la autorización de las empresas colaboradoras, las obligaciones que asumen.

(128) De acuerdo con el artículo 77 TRSS, y dejando al margen la denominada colaboración obligatoria existen tres modalidades de colaboración voluntaria que pueden ejercer las empresas, respecto de los trabajadores a su servicio. Una primera modalidad que se limita a la dispensación de las prestaciones sanitarias y al pago de la prestación económica.

La modificación afecta a dos cuestiones básicas:

- a) En primer lugar, en lo que respecta a la posibilidad de nuevas autorizaciones, en cuanto que la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997 establece que la modalidad de colaboración voluntaria prevista en la letra b), apartado 1, artículo 77 TRSS (es decir, la que está relacionada con la asistencia sanitaria y la prestación económica por incapacidad temporal, ambas derivadas de contingencias comunes) se entenderá referida únicamente a las empresas que viniesen colaborando con anterioridad a 1.º de enero de 1998, en tanto no esté culminado el proceso de separación de la financiación del Sistema Nacional de la Salud respecto a la Seguridad Social.

Para comprender la modificación legal, debe considerarse la reforma de la estructura financiera del sistema de la Seguridad Social que se inicia en el ejercicio 1989, con la finalidad de que, frente a lo que sucedía con anterioridad, las aportaciones del Estado a la Seguridad Social no tuviesen un destino indiferenciado en la cobertura financiera de las obligaciones del sistema, sino que pasaran a adscribirse a la financiación de determinadas atenciones y, básicamente, a las de asistencia sanitaria y a los complementos a mínimos.

El tema de la modificación de la estructura financiera de la Seguridad Social y la adecuación de la misma a la naturaleza de las prestaciones del sistema, fue objeto de inclusión en el Informe del Congreso de los Diputados sobre el sistema de la Seguridad Social, conocido como «*Pacto de Toledo*», en cuya Recomendación 1.ª (129) se abogaba por una delimitación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, acomodada a la naturaleza de las prestaciones, en el sentido de que las prestaciones contributivas se financiasen a través de cotizaciones sociales, mientras que las de naturaleza no contributiva o de aplicación universal encontrasen su financiación a través de las aportaciones del Estado a la Seguridad Social.

En cumplimiento de esa Recomendación, el artículo 1.º de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, introduce en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social la modificación financiera de la Seguridad Social,

---

ca de los trabajadores, cuando estas prestaciones derivan de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional; una segunda modalidad (cuyo ejercicio requería previamente que la empresa asumiese también la primera modalidad, aunque en la actualidad tal requisito no es imprescindible, por lo que las empresas pueden optar por cualquiera de las dos modalidades o, asumirlas conjuntamente) consistente en la dispensación de la asistencia sanitaria a los trabajadores y a sus familiares, así como el pago de la prestación económica por incapacidad temporal, correspondientes a los primeros, cuando tales prestaciones derivaban de un accidente no laboral o de una enfermedad común; por último, una tercera modalidad en la que las empresas únicamente asumen el pago de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y correspondientes a los trabajadores a su servicio.

- (129) El contenido del «*Pacto de Toledo*» puede analizarse en: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social «*Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados para el análisis de los problemas estructurales de la Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse*». Madrid. 1996.



delimitando claramente qué prestaciones del sistema son de modalidad contributiva y cuáles tienen naturaleza no contributiva o universal, precisando, igualmente, con qué recursos se financiarán unas y otras (130). Sin embargo, la propia Ley 24/1997 no estableció tajantemente, y a partir de su entrada en vigor, la separación financiera, sino que, al igual que en otras materias, prevé un período de aplicación gradual de forma que dicha adecuación financiera se aplicase, en su integridad y como máximo, en el año 2000.

Del tenor literal de la propia disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997 parece desprenderse que, hasta tanto no esté culminado el proceso de separación total de las fuentes de financiación de la asistencia sanitaria, es decir, hasta el año 2000 (o en una fecha anterior, si antes del ejercicio indicado dicho proceso se culmina en su integridad) (131), no podrán autorizar más empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, en relación con las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes.

- b) La segunda modificación se relaciona con el modo de compensación de estas empresas colaboradoras, en correspondencia a las obligaciones que asumen, cuales son la dispensación de la asistencia sanitaria y el pago de la prestación económica por incapacidad temporal.

El modo de financiación de estas empresas venía determinado por el contenido del artículo 77 TRSS, mediante el que se establece que las empresas tienen derecho a deducir las cotizaciones a ingresar, mediante la aplicación del coeficiente que estableciese el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Las previsiones legales aparecen desarrolladas en el artículo 62 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2065/1974, de 22 de diciembre, que establece la forma de determinación de los citados coeficientes (132).

- (130) De acuerdo con el artículo 86.2 TRSS, en la redacción que le da el artículo 1.º de la Ley 24/1997, tienen naturaleza contributiva las prestaciones económicas de la Seguridad Social (con excepción de las pensiones por vejez e invalidez no contributivas, las asignaciones económicas por hijo a cargo y, en su caso, los complementos a mínimos de pensiones) y la totalidad de las prestaciones, económicas o en especie, derivadas de contingencias profesionales; el resto de las prestaciones se definen como no contributivas. En función de esta delimitación, las prestaciones no contributivas se financian con aportaciones del Estado a los Presupuestos de la Seguridad Social, mientras que las prestaciones contributivas se financian con aportaciones del Estado a los Presupuestos de la Seguridad Social, mientras que las prestaciones contributivas se financian con cotizaciones sociales y el resto de los recursos señalados en las letras c) -cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otros de naturaleza análoga-, d) -frutos, rentas y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales- y e) -cualquier otro ingreso-, del apartado 1 del artículo 86. Un análisis de la financiación de la Seguridad Social puede encontrarse en BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo». CES. Colección Estudios. Madrid. 1997; o PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: «La reforma financiera de la Seguridad Social en la Ley 24/1997, de 15 de julio». *Relaciones Laborales*. Núm. 23. Madrid. Diciembre. 1997.
- (131) Para el año 1998 aún se preven aportaciones provenientes de cotizaciones sociales para la financiación de la asistencia sanitaria, dispensada a través de la Seguridad Social, por un importe de 103.000 millones de pesetas. Véase el contenido del artículo 11 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.
- (132) Estos coeficientes habrían de determinarse en función de la relación existente entre el gasto presupuestado para las prestaciones que afecten a la colaboración y el total previsto, teniendo en cuenta, además, las exigencias de la solidaridad general, implícita en el sistema de la Seguridad Social. Para el año 1997, dicho coeficiente quedó fijado en

La modificación de la estructura financiera de la Seguridad Social, y el hecho de que la mayor parte de la financiación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se financie a través de aportaciones del Estado -procedentes de impuestos- y no por cotizaciones sociales, hacía preciso la adecuación de la forma de resarcimiento de las empresas colaboradoras de la Seguridad Social. A tal fin, el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, dio nueva redacción al artículo 62 del Reglamento General de Cotización, en el sentido de que en la determinación de los coeficientes habría de tenerse en cuenta la relación entre las prestaciones a que afectase la colaboración y el total previsto, en la medida en que unas y otro estuviesen financiados por cotizaciones sociales (133).

Sin embargo, la transitoria sexta de la Ley 66/1997 da un paso más allá, en lógica coherencia con la entrada en vigor de la Ley 24/1997, y modifica la misma forma de compensación de las empresas colaboradoras, al indicar que la compensación por las obligaciones asumidas, en lo que respecta a la asistencia sanitaria, se establecerá en función de los trabajadores protegidos, y dará lugar a la percepción de un importe que no podrá ser inferior al que se venía recibiendo por la empresa (en el año 1997), salvo que este último importe fuese superior al coste medio, medido en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, de las prestaciones que cubre la colaboración, en cuyo caso, será dicho coste el límite de la compensación a realizar. Además, difiere a norma reglamentaria los procedimientos para hacer efectiva la compensación económica.

En definitiva, habrá que esperar a la aprobación de las normas reglamentarias de aplicación de la transitoria sexta de la Ley 66/1997, para conocer la cuantía o, al menos, los procedimientos de determinación de la compensación y del modo de hacerla efectiva (134).

---

el 0'09, en lo que respecta a la prestación de asistencia sanitaria y el 0'05, en lo concerniente a la prestación económica por incapacidad temporal. Estos coeficientes se aplican sobre las cuotas íntegras a ingresar (es decir, al resultado de aplicar a las correspondientes bases de cotización de los trabajadores el tipo de cotización que esté vigente en cada momento). Véase el contenido de los artículos 15 y 16 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 27 de enero de 1997, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997.

- (133) Para algunos, la nueva redacción del artículo 62 del Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, llevada a cabo por el Real Decreto 1426/1997, podría entrar en vicios de ilegalidad si el mismo se interpretaba en el sentido de no permitir que las empresas pudieran deducir el equivalente a las obligaciones asumidas en las cotizaciones a ingresar.
- (134) En este sentido, hay que tener en cuenta que las normas de cotización a la Seguridad Social para 1998, únicamente han establecido el coeficiente de deducción de la cotización, para las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la asistencia sanitaria y de la prestación económica por incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes, en lo que respecta a esta última prestación (coeficiente que ha quedado fijado en la misma cuantía que en el año 1997, es decir, en el 0'05), mientras que, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria, se dispone que la compensación económica se efectuará de acuerdo con lo que determine la Autoridad Sanitaria, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, sin que hasta tanto, puedan aplicarse a estos efectos coeficientes reductores sobre la cuota íntegra de la Seguridad Social.
- Véase el contenido de la disposición transitoria cuarta de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de enero de 1998, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

## 5. Modificaciones en el ámbito de la protección por desempleo.

Por último, la Ley 66/1997 también introduce determinadas modificaciones en el ámbito de la protección por desempleo, tanto en lo que respecta a las prestaciones contributivas, como en lo que respecta al ámbito de la modalidad asistencial o no contributiva (135).

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

### 5.1. Objeto de la protección por desempleo.

El artículo 203 TRSS, en su apartado 3, define el desempleo parcial como aquel que se produce cuando el trabajador ve reducida temporalmente (136) su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de una reducción análoga, lo que obligaba a determinar lo que se entendía por jornada ordinaria, máxime teniendo en cuenta la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial contenida en el Estatuto de los Trabajadores (137).

Con esta finalidad, el artículo 40 de la Ley 66/1997 introduce un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 203 TRSS, delimitando que, a efectos del desempleo parcial, se entiende por reducción temporal de la jornada ordinaria la que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que se consideren comprendidas entre ellas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

5.2. Prestaciones de desempleo a que se tenga derecho durante la tramitación de recursos contra sentencias que declaren la improcedencia del despido.

El artículo 208 TRSS define la situación legal de desempleo, delimitando los requisitos para encontrarse en tal situación y, como consecuencia de ello, para que los interesados puedan beneficiarse de las correspondientes prestaciones siempre que reúnan los demás requisitos exigidos.

---

(135) Para el análisis de la regulación jurídica del desempleo, véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Ed. Civitas. Madrid. 1997. También en DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida. (Un estudio sobre los problemas del acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*. Ed. Civitas. Madrid. 1996. Desde otras perspectivas MONEREO PERES, J.L.: «El modelo español de protección contra el desempleo», en AA.VV.: *Seguridad Social y protección social: Temas de actualidad*. Madrid, Marcial Pons. 1996 o GARCÍA MURCIA, J.: «La protección por desempleo: una reseña de la jurisprudencia constitucional». *Actualidad Laboral*. Núm. 4. 1993.

(136) Como ha señalado la doctrina la expresión «temporalmente» contenida en el artículo 203 TRSS no excluye la pérdida definitiva. Véase ROMERO DEL BUSTILLO, S.: «Desempleo nivel contributivo». *Cuadernos de Derecho Judicial*. T. X. 1996.

(137) Sobre los problemas entre el desempleo parcial y la modificación de las condiciones de trabajo, véase DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 101 y ss.

Sin embargo, la doctrina había expuesto la problemática creada en los casos en que, habiéndose declarado por sentencia de Juzgado el despido improcedente, el empresario hubiese optado por la indemnización, y el trabajador hubiese planteado el correspondiente recurso. Durante esta situación el trabajador, conforme a lo previsto en el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Laboral, se encontraba en situación legal de desempleo, pero sin que dicha situación legal apareciese reflejada en el TRSS. Todo ello planteaba problemas respecto al régimen jurídico de la prestación por desempleo, puesto que (138), admitiendo que, durante la tramitación del recurso, el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo, uno de los problemas es la determinación del momento en que tal situación nace, en el sentido de si ese momento hay que fijarlo en la notificación al trabajador de la resolución judicial que declara la improcedencia del despido (139), ahora bien y, sobre todo, a efectos del transcurso de los plazos de inscripción, como quiera que el trabajador no conoce la situación legal de desempleo hasta que se le notifique la opción del empresario, y que la obligación del pago de salarios de tramitación termina con la notificación de la sentencia que declare la improcedencia, la doctrina se inclinaba por que el plazo de inscripción comenzase a correr con la notificación al trabajador de la opción del empresario, y los efectos económicos se deberían iniciar a partir de la notificación de la sentencia (140).

Para poder dar solución a los problema apuntados, el artículo 43 de la Ley 66/1997 adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 208 TRSS, a cuyo tenor, en los supuestos previstos en la letra b), apartado 1, del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (141), es decir, en los casos en que, declarado el despido como improcedente, el empresario opte por la indemnización, durante la tramitación del recurso contra la respectiva sentencia, sea interpuesta por el trabajador o por el propio empresario, se entenderá como situación legal de desempleo involuntario, con derecho por parte del interesado a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que reúna los demás requisitos exigidos.

En tales casos, la duración de las prestaciones será la que esté establecida, según se trate de las prestaciones por desempleo (art. 210 TRSS) o de subsidio por desempleo (art. 216.2 TRSS), en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados, y considerando que el período de tramitación del recurso se considerará como de ocupación cotizada (142).

---

(138) Véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.* pág. 214 y ss. También SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, S.: «Sobre la situación legal del trabajador en el recurso por despido improcedente». *Tribuna Social*. Núm. 77. 1997.

(139) Esta sería la solución lógica de acuerdo con el artículo 208.1.1 c) TRSS, y los artículos 1.1 d), 5.1 y 21 del Reglamento de Prestaciones por Desempleo, aprobado por Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

(140) Véase DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J., *op. cit.* pág. 71 y ss.

(141) Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 2 de abril.

(142) De acuerdo con lo establecido expresamente en el segundo párrafo de la letra b), apartado 1, artículo 111 de la Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante, la modificación legal operada no despeja todas las dudas señaladas por la doctrina y que se han apuntado anteriormente.

### 5.3. Reanudación del derecho a la prestación o del subsidio por desempleo (143).

El artículo 212 TRSS establece las causas y, en su caso, el tiempo de suspensión del derecho a la prestación por desempleo. Estas causas son la de no comparecer ante la Entidad Gestora; no renovar la demanda de empleo; no devolver en plazo a la Entidad Gestora el correspondiente justificante de haber comparecido para cubrir las ofertas de empleo facilitadas; mientras el interesado se encuentra prestando servicio militar o realizando la prestación social sustitutoria (salvo que aquél tuviese cargas familiares y sus rentas no superasen el salario mínimo); durante el período de cumplimiento de condena, con privación de libertad (salvo que se dé el supuesto de cargas familiares y no disponer de ingresos suficientes, en la cuantía antes señalada), y mientras esté realizando un trabajo de duración inferior a 12 meses (144).

No obstante, la Ley «*guardaba silencio*» sobre la forma y el momento de reanudación del derecho suspendido, cuando hubiesen desaparecido las causas que dieron lugar a la suspensión, materia que es objeto de regulación expresa a través del artículo 42 de la Ley 66/1997, mediante el que se incorpora un nuevo apartado 3 al artículo 212 TRSS, a tenor del cual el derecho a la prestación se reanuda:

- De oficio por la Entidad Gestora, transcurrido un mes desde la declaración de la suspensión del derecho en los casos en que dicha suspensión se haya producido por incumplimiento por parte del interesado de las obligaciones de comparecer ante la Entidad Gestora, renovar la demanda de empleo o devolver el correspondiente justificante de haber comparecido para cubrir las ofertas de empleo facilitadas.
- En los casos en que el derecho se hubiese suspendido por las causas de cumplimiento del servicio militar o la prestación social sustitutoria, por cumplimiento de condena con privación de libertad o la realización de trabajos de duración inferior a 12 meses, el derecho se reanuda previa solicitud del interesado, siempre que se acredite que han finalizado las causas de suspensión o, en su caso, que se mantienen los requisitos de carencia de recursos o existencia de responsabilidades familiares.

---

(143) Un análisis del subsidio de desempleo se encuentra en ORDEIG FOS, J.M.: «El subsidio de desempleo en la Ley General de la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*. Núm. 24. 1996.

(144) Para un análisis de las causas de suspensión, con un contenido amplio de citas doctrinales y jurisprudenciales. Véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.* 221 y ss.

En estos casos, el derecho a la reanudación nacerá a partir de la fecha de desaparición de la causa de la suspensión, siempre que se solicite en el plazo de los 15 días siguientes, implicando la solicitud la inscripción como demandante de empleo, si es que la misma no se hubiese efectuado previamente. Si la solicitud se presenta transcurrido dicho plazo, los efectos de la reanudación se producirán en la fecha de la solicitud, perdiendo el interesado tantos días del derecho de la prestación (o del subsidio) como medien entre la fecha en que hubiese tenido lugar la reanudación del derecho, de haber presentado la solicitud en el plazo de los 15 días a la desaparición de la causa de la suspensión, y aquella en que se hubiese formulado realmente la solicitud.

#### 5.4. Beneficiarios del subsidio por desempleo en los casos de presos liberados (145).

La Ley 34/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, consideró como beneficiarios de la protección del subsidio por desempleo a quienes hubiesen sido liberados por cumplimiento de condena o remisión de la pena, sin que tuviesen derecho a las prestaciones por desempleo, añadiendo el Real Decreto-Ley 3/1989 el requisito adicional de que la prisión de privación de libertad hubiese sido por un tiempo superior a los seis meses (146), siempre que careciesen de recursos suficientes, circunstancia que concurre cuando los ingresos disponibles no superan el 75 por 100 de la cuantía anual del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La dicción literal a que los interesados «*hubiesen sido liberados de prisión*», hacía surgir la duda sobre si las personas que, aun mediando la comisión de un delito y en razón de la edad, no ingresaban en un centro penitenciario, sino en otro centro de internamiento, al salir de dicho centro tenían o no derecho al subsidio de desempleo, cumpliendo los demás requisitos. La duda anterior se resuelve en sentido positivo, puesto que el artículo 41 de la Ley 66/1997 modifica la letra d), del apartado 1, artículo 215 TRSS, declarando expresamente comprendidos en la situación de liberados de prisión a los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubiesen ingresado como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delitos, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por un tiempo no inferior a seis meses, en el momento de la libertad fuesen mayores de 16 años (edad de acceso al trabajo).

---

(145) Para un análisis de la problemática que presenta el reconocimiento del subsidio de desempleo a las personas liberadas de prisión, véase DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, págs. 106 y 150.

(146) Originariamente, el requisito adicional de que la privación de libertad hubiese durado, como mínimo, seis meses, fue introducido por el artículo 12.4, del Reglamento de Prestaciones por Desempleo. Este requisito adicional fue declarado nulo por la STS (Sala 3.ª) de 26 de marzo de 1990, por entender que una norma reglamentaria no podía establecer un requisito adicional, y limitativo del derecho, no previsto en la Ley, si bien esta declaración de nulidad fue revocada por la STS (Sala Especial) de 11 de junio de 1991. De todas formas, tanto la declaración de nulidad como su revocación posterior, carecían de virtualidad en la fecha en que fueron dictadas, ya que la posible causa de falta de cobertura legal ya había sido superada por el artículo 20 del Real Decreto-Ley 3/1989, cuya redacción pasó al Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

### 5.5. Determinación de la base reguladora de las prestaciones por desempleo.

La última modificación introducida por la Ley 66/1997 en materia de protección por desempleo, afecta a la determinación de la base reguladora de las prestaciones por desempleo. Conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 211 TRSS, la base reguladora de la prestación por desempleo es el promedio de la base por la que se haya cotizado por tal contingencia durante los últimos seis meses anteriores a la declaración de la situación legal de desempleo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 224 TRSS, la base de cotización para la contingencia de desempleo, en todos los Regímenes que tengan cubierta la misma, es la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que, para la determinación de estas últimas, habrá que estar a lo que, en cada momento, se establezca para la cotización de las contingencias profesionales de la Seguridad Social.

Pues bien, la base de cotización para las contingencias profesionales viene determinada por las retribuciones que perciba el trabajador, sin más excepción que los conceptos no computables previstos en el apartado 2 del artículo 109 TRSS, con la particularidad de que, a efectos de la cotización de tales contingencias profesionales, sí se computan los importes percibidos en razón de las horas extraordinarias, importes que se excluyen para la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes. Por ello, las cuantías percibidas por horas extraordinarias entran a formar parte de la base de cotización de la contingencia por desempleo, y, en consecuencia, también de la base reguladora de las prestaciones.

Esta correspondencia entre cotización y prestación se altera a partir de 1.º de enero de 1998, al modificar la disposición adicional decimoctava de la Ley 66/1997 el apartado 1 del artículo 211 TRSS, pues, manteniendo el principio general de que la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por la respectiva contingencia durante los 180 días (147) anteriores a la situación legal de desempleo, sin embargo, se precisa que en el cálculo de la base reguladora de la prestación se excluirá la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización y de su inclusión en el certificado de la empresa. Es decir, que mientras que las retribuciones por horas extraordinarias son objeto de cotización a la contingencia por desempleo, sin embargo, tales cuantías no van a tener su reflejo en las cuantías de las prestaciones.

---

(147) Nótese que en la redacción anterior se aludía a las bases por las que se hubiese cotizado en los seis meses anteriores a la situación legal de desempleo mientras que en la nueva regulación se alude a los «180 días».

Con la nueva regulación, se produce, con respecto a la cotización por desempleo, una situación semejante a la que concurre con la cotización adicional por horas extraordinarias, a que se refiere el apartado Tres de la Ley 65/1997. Con independencia de las causas que pueden justificar estas medidas (que pueden enmarcarse en las políticas de generación de empleo y de penalización de las horas extraordinarias), sin embargo, con la nueva regulación se mantienen las contradicciones existentes en la determinación de la base reguladora de las respectivas prestaciones, puesto que, cotizándose por horas extraordinarias, bien por la vía general, bien por el mecanismo de la cotización adicional, sin embargo, esa cotización no tiene, *a posteriori*, igual incidencia en lo que se refiere a las prestaciones causadas (tanto en su inclusión como en su exclusión), sino que mientras que se mantiene la inclusión de las cuantías percibidas por horas extraordinarias, en las prestaciones por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se excluyen para las prestaciones que deriven de contingencias comunes, o que se originen por el desempleo.