

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto de la Universidad de Navarra

Extracto:

PARTIENDO de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Racionalización y Consolidación del Sistema de Seguridad Social, en el presente trabajo se abordan las más recientes modificaciones normativas operadas en el régimen jurídico del alta. Especial atención se dedica en él a la determinación de la carencia exigida para acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, supervivencia y jubilación, sí como al cálculo de la correspondiente base reguladora de estas prestaciones cuando el hecho causante de las mismas se produce desde la situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar o desde una situación de no alta. Similar tratamiento especial recibe también la relativa supresión del requisito de alta introducida para las prestaciones de viudedad y orfandad por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social. Para finalizar, se abordan las últimas novedades habidas en materia de Convenios Especiales.

Sumario:

Abreviaturas.

I. Introducción.

II. Pensión de jubilación.

1. Carencia específica.

1.1. Consideraciones previas.

1.2. Incidencia en otras prestaciones distintas de la jubilación; panorama general.

1.3. Situación de no alta o asimilada al alta.

1.4. Incidencia en los Regímenes Especiales.

2. Integración de vacíos de cotización.

2.1. Consideraciones previas.

2.2. Incidencia en otras prestaciones distintas de la jubilación; panorama general.

2.3. Situación de no alta o asimilada al alta.

2.4. Incidencia en los Regímenes Especiales.

III. Prestaciones por muerte y supervivencia.

1. Pensión de viudedad.

1.1. Consideraciones previas.

1.2. Carencia.

1.3. Efectos económicos.

- 1.4. Vacíos de cotización.
- 1.5. Incidencia en los Regímenes Especiales.

2. Pensión de orfandad.

3. Otras prestaciones.

IV. Convenios Especiales.

1. Trabajadores cuya prestación de servicios sea inferior a doce horas semanales o cuarenta y ocho al mes.
2. Deportistas de alto nivel.
3. Ampliación de la acción protectora de determinados Convenios Especiales.
4. Trabajadores emigrantes por cuenta propia transitoriamente retornados.
5. Españoles empleados en organizaciones internacionales.

ABREVIATURAS

BISS	Boletín Informativo de la Seguridad Social.
BML	Boletín Mutualismo Laboral.
DGINSS	Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.
DGOJECSS	Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.
DGRJSS	Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.
DGSML	Dirección General del Servicio del Mutualismo Laboral.

DGTSS	Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social.
LCRSS	Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LMFAS	Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
LMU	Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.
OMS	Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia, del Régimen General de la Seguridad Social.
Res.	Resolución.
RLCRSS	Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social.
RLPD	Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.
RMU	Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente.
SGGSS	Subdirección General de Gestión de la Seguridad Social.
SGOAJ	Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

Además de complejo, el del requisito del alta y sus numerosas excepciones sigue siendo un tema inacabado; incluso, aun cuando cada vez resulte más discutible su pervivencia actual como requisito de acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Y es que, pese a esto último, tanto la LCRSS como la LMFAS introdujeron importantes modificaciones en el régimen jurídico del alta y de las situaciones a ella asimiladas.

Pues bien, con la perspectiva que da el tiempo transcurrido desde entonces, al análisis de las citadas modificaciones a través de las prestaciones de jubilación y supervivencia -y por referencia a ellas, también, a las de incapacidad permanente-, junto con el estudio de algunas de las últimas novedades operadas en materia de Convenios Especiales, se dirige el presente trabajo, el cual nace en parte de la Comunicación *Problemas jurídicos derivados de determinadas omisiones legislativas en la reforma de pensiones; posibles interpretaciones* presentada al IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, celebrado en Madrid los días 29 y 30 de mayo de 1998. Fuera del mismo quedarán, por tanto, los también importantes pronunciamientos jurisprudenciales habidos últimamente al respecto ¹.

Antes de entrar en materia puede decirse que, con carácter general y desde un punto de vista sistemático, las modificaciones introducidas por la LCRSS y por la LMFAS adolecen, desafortunadamente, de la habitual ausencia de visión de conjunto que impera en esta difícil materia, de ahí que no sean pocos los problemas interpretativos que se planteen. Por lo que a los Convenios Especiales se refiere, cabe adelantar tan sólo que, lejos de avanzar en la necesaria construcción de una regulación conjunta de los mismos, la ya de por sí elevada y compleja relación de Convenios Especiales existente en nuestro ordenamiento jurídico se amplía con dos nuevos supuestos.

¹ Así, cabe señalar, por ejemplo, que el Tribunal Supremo ha entendido que el alta ha de presumirse existente cuando la enfermedad que determina la muerte se inició antes de producirse la baja en la Seguridad Social [STS de 19 de noviembre de 1997 (RJ 8616)] o cuando el mismo concurría al iniciarse el acontecer que conduce al hecho causante de la incapacidad permanente y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar formalmente en alta o situación asimilada [STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1056)]; también que no debe considerarse en situación asimilada al alta, para lucrar pensión de incapacidad, a quien causó baja en el Régimen Especial de Autónomos y se inscribió como demandante de empleo [STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 9519)].

II. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

1. Carencia específica.

1.1. Consideraciones previas.

Como es sabido, siguiendo al apartado J) del Acuerdo de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social ² y en lógica coherencia con la ampliación a quince años del período de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, el artículo 4.Uno LCRSS procedió a diluir la denominada carencia «cualificada o específica» o, si se prefiere, el tiempo de cotización que debe reunirse obligatoriamente en los años más cercanos al hecho causante ³. En efecto, si bien la carencia «genérica» se mantiene igual que hasta la entrada en vigor de la LCRSS -esto es, en los quince años de cotización que determinó la LMU-, aquella otra pasa a ser de dos años -como hasta ahora, no necesariamente seguidos- dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de producirse el hecho causante si el trabajador se encontraba en alta o situación asimilada al alta con obligación de cotizar [primer párrafo art. 161.1, b) LGSS y art. 2.1 RLCRSS, este último sustituto del art. 2 RMU, expresamente derogado hoy por la disp. der. única RLCRSS].

Obviamente, al ampliar el período de referencia de ocho a quince años, se pretende impedir que afiliados con largas carreras de cotización puedan resultar excluidos del sistema por carecer de cotizaciones suficientes en los últimos años de su vida laboral. Así pues, lejos de dificultar, con esta medida, que constituye una de las modificaciones orientadas a reforzar los elementos de contributividad y equidad del sistema (Exposición de Motivos LCRSS), se facilita considerablemente el acceso a la pensión de jubilación.

Con idéntica finalidad, y respecto a quienes accedan a la pensión de jubilación desde una situación de alta -casi exclusivamente, alta especial por huelga o cierre patronal- o asimilada al alta sin obligación de cotizar, el artículo 4.Uno LCRSS permitió retrotraer el inicio del cómputo de la carencia específica al momento en que cesó la obligación de cotizar [párrafo segundo art. 161.1, b) LGSS y art. 2.2 RLCRSS]. De esta forma, el período durante el cual no ha existido cotización alguna se considera como un paréntesis que no computa, ampliando con ello aún más si cabe las posibilidades de que el requisito de la carencia específica resulte cumplido.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.5 RLPD para la prestación por desempleo, la posibilidad de retrotraer el cálculo de la carencia exigida al momento en que cesó la obligación de cotizar venía siendo admitida en nuestro ordenamiento jurídico a través de diversas resoluciones admi-

² Dicho acuerdo, suscrito por el Gobierno con las organizaciones sindicales mayoritarias, Comisiones Obreras y Unión General de los Trabajadores, el 9 de octubre de 1996, puede consultarse en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1997, págs. 67 y ss.

³ BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 118.

nistrativas, generalmente avaladas por la jurisprudencia. Así, respecto a la propia prestación de jubilación, la misma aparecía contemplada ya en las Res. DGRJSS de 21 de julio de 1988 y 3 de mayo de 1989 para el paro involuntario no subsidiado y en la Res. DGRJSS de 5 de diciembre de 1986 para la invalidez provisional ⁴. Igualmente, las Res. DGRJSS de 10 de diciembre de 1990 y 17 de marzo de 1986 la recogieron para estas dos mismas situaciones en relación a la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común ⁵. Por su parte, fue la Res. DGRJSS de 6 de septiembre de 1990 la que respecto al paro involuntario no subsidiado hizo suya tal solución en relación a las prestaciones de viudedad, orfandad y favor de familiares derivadas también de enfermedad común ⁶. En fin, desaparecida la prestación de invalidez provisional, la Res. DGOJECSS de 4 de julio de 1995 entendió aplicable dicha medida a los períodos de tres meses o un año previstos en el artículo 131 *bis.2* LGSS, potencialmente asimilables a la situación de alta ⁷.

1.2. Incidencia en otras prestaciones distintas de la jubilación; panorama general.

Pues bien, teniendo en cuenta que el legislador ha olvidado o no ha querido extender esta última medida a las prestaciones de incapacidad permanente y supervivencia, el panorama que, al menos en apariencia, se nos presenta a estos efectos tras la LCRSS es el siguiente:

- a) Respecto a las prestaciones de desempleo y jubilación, retroacción carencial al momento en que cesó la obligación de cotizar plena; esto es, para todas sus situaciones de alta o asimilación al alta que no impliquen dicha obligación.
- b) Respecto a las prestaciones de incapacidad permanente y supervivencia derivadas de enfermedad común, retroacción carencial al momento en que cesó la obligación de cotizar limitada a las situaciones asimiladas al alta que así se ha previsto administrativa o jurisprudencialmente; esto es, paro involuntario no subsidiado e invalidez provisional o, en su caso, prórroga de la incapacidad temporal a los efectos de una posible declaración de incapacidad permanente.

⁴ BISS, núms. 8/1988, 7/1989 y 12/1986. Respecto a esta última prestación *cf.* ya la Res. DGSML de 16 de abril de 1975 (BML, núm. 212).

⁵ *Catálogo de Resoluciones Administrativas. Acción protectora*, tercera ed., INSS, Madrid, 1996, págs. 257 y 258 y BISS, núm. 3/1986. Respecto a la prestación de invalidez provisional *cf.* ya la Res. DGSML de 7 de noviembre de 1974 (BML, núm. 207).

⁶ BISS, núm. 9/1990. Por lo que a las disposiciones citadas en relación al paro involuntario no subsidiado se refiere *cf.* la Cir. DGINSS 32/1994, de 21 de noviembre (BISS, núm. 11/1994) dictada con carácter unificador. Más concretamente, respecto a los pronunciamientos judiciales que avalan esta orientación administrativa *vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L.: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 188 y ss., 250 y ss.

⁷ *Catálogo de Resoluciones...*, *ob. cit.*, pág. 332. Al respecto *vid.* asimismo el Escrito SGGSS 57.952, de 24 de junio (BISS, núms. 6-7/1995).

Ahora bien, como no podría ser de otra manera, nada debiera impedir, en relación a estas dos últimas prestaciones, la extensión de semejante medida a otras situaciones de alta o asimilación al alta sin obligación de cotizar distintas de las anteriormente citadas. De hecho así parece entenderlo la Administración de la Seguridad Social⁸. Téngase en cuenta que el motivo por el que así se haya previsto para el paro involuntario no subsidiado, la invalidez provisional o los períodos contemplados en el artículo 131 *bis.2* LGSS obedece única y exclusivamente a su enorme trascendencia práctica.

Así pues, parece conveniente que, de *lege ferenda* y con el fin de evitar situaciones discriminatorias, la retroacción de carencia en los términos introducidos por el artículo 4 LCRSS e, incluso, en relación a la totalidad de los vacíos existentes en el período a tener en cuenta, se extienda expresamente a todas las situaciones de alta o asimiladas al alta sin obligación de cotizar existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Aun mejor, dadas su relativización y disfuncionalidad actuales, no estaría de más que directamente se suprimiera de la LGSS la exigencia de la carencia específica; nótese, por ejemplo, que, a pesar de los principios de equidad y contributividad a los que tanto alude la LCRSS como los acuerdos de los que ésta parte, todavía es posible encontrar personas que, con más de quince años de cotización -e, incluso, en alta en el momento de producirse el hecho causante-, no puedan acceder a la pensión de jubilación por no acreditar dicha carencia⁹.

De momento, para supuestos extremos -dada la amplitud del período a tener en cuenta para su cómputo- y a estos mismos efectos de acreditar la carencia exigida, la Administración de la Seguridad Social entiende que cuando las prestaciones de jubilación, de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia se causen desde una situación de alta -y por qué no también, asimilada a ella- con obligación de cotizar subsiguiente a otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta para la que no se hubiera exigido tal obligación, podrá hacerse abstracción de la última etapa de cotización; asimismo entiende que, a estos efectos, podrán no tomarse en consideración los períodos de cotización inferiores, en su conjunto, al período específico de cotización exigible en cada caso que medien entre dos situaciones de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar¹⁰. Ciertamente es que con ello se consigue evitar que períodos relativamente cortos de cotización, más o menos próximos al hecho causante de la prestación de que se trate, impidan la aplicación del beneficio previsto para la pensión de jubilación en el nuevo párrafo segundo del artículo 161.1, b) LGSS. Debe señalarse, sin embargo, que, para no obviar cotización alguna, mucho más adecuado parece hacer abstracción, sin excepción, de todos los vacíos de cotización existentes en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la carencia específica.

8 Instrucción Primera de la Res. SGOAJ de 9 de octubre de 1997 e Instrucciones 8 y 12.1 Cir. DGINSS 3/1998, de 10 de marzo.

9 En este sentido *vid.* GETE CASTRILLO, P: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de la Seguridad Social», en *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 437.

10 Instrucción Segunda de la Res. SGOAJ de 9 de octubre de 1997 e Instrucciones 1.2, 8 y 12.1 Cir. DGINSS 3/1998, de 10 de marzo; según la primera de ellas se mantendrían vigentes los criterios contemplados por la Res. DGRJSS de 20 de octubre de 1989 (*Catálogo de Resoluciones ...*, *ob. cit.*, pág. 242) y recogidos en la Cir. DGINSS 32/1994, de 21 de noviembre.

1.3. Situación de no alta o asimilada al alta.

En cualquier caso, nada se dijo tampoco respecto a quienes pretendan acceder a la pensión de jubilación sin encontrarse en alta o en situación asimilada al alta; al menos, nada que no supiéramos ya [arts. 161.4 LGSS y 3 RLCRSS, este último sustituto del hoy derogado art. 1 RMU (disp. der. única RLCRSS)].

Pues bien, aun cuando fuera de toda duda queda que la ampliación a quince años del período de referencia a tener en cuenta para determinar la carencia específica resulta igualmente extensible a estos supuestos, la situación de no alta o asimilada al alta de la que los mismos parten impide retrotraer su cálculo a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. Así las cosas, para acceder a la pensión de jubilación desde esta situación será necesario, además de haber cumplido los sesenta y cinco años, tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al hecho causante -que no, ha de insistirse, a la fecha en que cesó la obligación de cotizar-, entendiéndose por éste el día de la presentación de la correspondiente solicitud ¹¹.

Como podrá imaginarse, este último aspecto seguirá afectando muy especialmente a quienes, hallándose en esta situación, traten de acceder a la pensión de jubilación desde una prestación de incapacidad permanente. Nótese que, al no constituir ésta una situación asimilada al alta, la misma no podrá obviarse a efectos de completar el período de carencia específica ¹². Debe advertirse, no obstante, que una cosa es que se trate de impedir la conversión de pensiones y otra muy distinta que se nieguen los beneficios que las situaciones asimiladas al alta conllevan a quienes, habiendo acreditado en su día el requisito del alta, hayan cumplido los sesenta y cinco años y tengan cubierto un período mínimo de cotización de quince años. Entre otras cosas porque el supuesto del que se parte puede ser tan digno de protección como lo es, por ejemplo, el del subsidio por desempleo o el del paro involuntario no subsidiado. En este sentido no haría falta que estas prestaciones recibieran expresamente la consideración de situaciones asimiladas al alta. Bastaría con que en una futura reordenación -que ni siquiera reforma- de las prestaciones, por otra parte absolutamente necesaria, se las regule expresamente en su faceta de vías de acceso a otras prestaciones ¹³.

¹¹ Así lo entienden también la Instrucción Segunda de la Res. SGOAJ de 21 de julio de 1997 y la Instrucción 2 Cir. DGINSS 3/1998, de 10 de marzo.

¹² Para la incapacidad permanente total *cf.* las SSTs de 3 de enero de 1990 (RJ 118), 22 de abril de 1992 (RJ 2669), 18 y 21 de junio y 15 de diciembre de 1993 (RJ 4766, 4772, 9951) y 14 de febrero y de abril de 1994 (RJ 1039 y 3241). Para las prestaciones del antiguo Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez *cf.*, entre otras, las SSTSJ Cataluña de 21 de mayo de 1993 (AS 2533) y 8 de octubre de 1994 (AS 3844) y Murcia de 3 de enero de 1992 (AS 382); en parecido sentido *cf.* la STS de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1996, 1868). Respecto a la incapacidad permanente parcial *cf.* la STCT de 16 de febrero de 1981 (RJ 1030) y la STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 1993 (AS 3828). En fin, para la incapacidad permanente absoluta *cf.* la STCT de 12 de marzo de 1987 (RJ 5645) y la STSJ Andalucía de 2 de mayo de 1990 (RJ 3854). Al respecto *vid.* también BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas...*, *ob. cit.*, pág. 61.

¹³ Como señalan SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina 1993-1994*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 558, «Seguramente, la proliferación de problemas y la heterogeneidad de criterios judiciales respecto del modo de cubrir esa carencia específica están denotando, una vez más, la conveniencia de que las previsiones legales sobre prestaciones económicas reciban un desarrollo reglamentario adecuado y actualizado».

1.4. Incidencia en los Regímenes Especiales.

Sabido es también que, con carácter transitorio, el artículo 4.Dos LCRSS dispuso que durante 1997 -a lo que parece, a partir de la entrada en vigor de la LCRSS¹⁴- el período de dos años al que se ha hecho referencia deberá estar comprendido dentro de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar (disps. trans. cuarta.4 LGSS y primera.1 RLCRSS). Dado que, a diferencia de lo previsto en la disposición transitoria quinta.1 LGSS en relación a la determinación gradual de la base reguladora de la prestación de jubilación, nada más se establece al respecto, parece claro que a partir de 1998 el período de referencia para la carencia específica será ya el de quince años; de hecho, así lo entendió el apartado J) del propio Acuerdo de Consolidación y Racionalización.

Como no podía ser de otra manera, la disposición adicional octava.1 LGSS entiende que lo dispuesto en el artículo 161.1, b) LGSS será de aplicación a las pensiones de jubilación causadas en todos los Regímenes que integran el sistema español de Seguridad Social.

Pues bien, ni en la redacción dada a la misma por la LCRSS -art. 13- ni en la de la LMFAS -disp. adic. decimotercera. Tres-, es posible encontrar referencia alguna a la aplicación de la disposición transitoria cuarta.4 LGSS en los distintos Regímenes Especiales. Así las cosas, de acuerdo con lo que se acaba de señalar y aun cuando fuera otra la intención perseguida al respecto, la norma permitió entender que entre el 5 de agosto y el 31 de diciembre de 1997 el período de dos años al que se ha hecho referencia podría estar comprendido en los Regímenes Especiales dentro de los quince años -que no diez, como corresponde en el Régimen General- inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Evidentemente esto no es -o, al menos, no debiera serlo si se desean superar las disfunciones existentes entre unos Regímenes y otros, tal y como acertadamente aconsejan el Pacto de Toledo¹⁵ (Recomendación sexta) y el Acuerdo de Consolidación y Racionalización [apartado L)]- lo querido por el legislador; más bien se trataría de un simple olvido en el que éste incurrió al redactar la ya de por sí compleja disposición adicional octava de la LGSS. De hecho, la lectura combinada del artículo 1 y de la disposición transitoria primera.1 del RLCRSS permitiría deducir la extensión del contenido de la citada disposición a todos los Regímenes Especiales del sistema español de Seguridad Social.

¹⁴ En este mismo sentido se muestra la Instrucción 1.3 Cir. DGINSS 3/1988, de 10 de marzo. No entenderlo así sería tanto como admitir dos fechas distintas de vigencia para las reformas introducidas en la pensión de jubilación por la LCRSS: una para la carencia específica (disp. trans. cuarta.4 LGSS) y otra para la determinación de la base reguladora (disp. trans. quinta.1 LGSS). En cualquier caso no hubiera estado de más que, al igual que sucede con lo previsto en esta última disposición, el legislador se hubiera expresado en los siguientes términos: «A partir de la entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, el período de dos años de cotización...».

¹⁵ Técnicamente *Texto aprobado por la Comisión de Presupuestos sobre la base del informe elaborado por la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 6 de abril de 1995 (BOCG 12-4-1995). Sobre su *iter* parlamentario *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de ..., ob. cit.*, págs. 59 y ss.

2. Integración de vacíos de cotización.

2.1. Consideraciones previas.

Igual que venía sucediendo hasta la entrada en vigor de la LCRSS (art. 5.5 RMU), aunque esta vez sin necesidad de remitirse al respecto a la regulación de la prestación de incapacidad permanente (art. 140.4 LGSS) -cosa que sí hacía el art. 162.1 LGSS en su primitiva redacción-, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar -ya se trate de situaciones de alta o asimiladas al alta para las que no se exija tal obligación, como de situaciones de no alta o asimilada al alta-, el artículo 5.Uno de la LCRSS dispuso que tales lagunas seguirán integrándose, a los exclusivos efectos de dicho cálculo, con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años (arts. 162.1.2 LGSS y 4.4 RLCRSS).

La novedad reside, sin embargo, en que dicha integración se aplicará expresamente a los períodos que medien desde que cesa la obligación de cotizar hasta la presentación de la correspondiente solicitud en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta -fundamentalmente, alta especial por huelga o cierre patronal- o asimilada al alta sin obligación de cotizar [párrafo tercero art. 161.1, b) LGSS] ¹⁶. En tales casos, los meses computables para la determinación de la base reguladora serán -siempre y en todo caso- los inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el correspondiente hecho causante sin que, por otra parte, quepa efectuar retroacción alguna al momento en que cesó la obligación de cotizar (arts. 162.1 LGSS y 4.5 RLCRSS).

La razón de ser de todo ello encuentra su justificación en la conveniencia de corregir los efectos que, al solicitar la pensión de jubilación y con ocasión de una práctica administrativa más o menos avalada por la jurisprudencia, venían produciéndose en favor de determinadas situaciones asimiladas al alta sin obligación de cotizar. Efectivamente, hasta la entrada en vigor de la LCRSS y aun cuando la referencia a los meses inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 162.1 LGSS, en su anterior redacción, por referencia al art. 140.1 LGSS) y a la integración de vacíos de cotización mediante bases mínimas (arts. 5.5 RMU y 162.1 LGSS, en su anterior redacción, por referencia al art. 140.4 LGSS) venían constituyendo la regla general, las Res. DGRJSS de 21 de julio de 1988 y 5 de diciembre de 1986 permitían retrotraer el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación causadas desde las situaciones de paro involuntario no subsidiado e invalidez provisional al momento en que hubiera cesado la obligación de cotizar.

De esta forma el respectivo vacío de cotización actuaba como un paréntesis o período neutro que no se tenía en cuenta. De ahí que al extinguirse, por ejemplo, el contrato de trabajo o las prestaciones contributivas por desempleo -y a efectos de obtener una prestación de cuantía más alta- solía

¹⁶ Adviértase que, aun cuando el párrafo tercero del artículo 161.1, b) de la LGSS aluda genéricamente al «apartado 1 del artículo 162» se está refiriendo al «apartado 1.2 del artículo 162» de la LGSS; de hecho, tal era la redacción dada al mismo en el Proyecto de la LCRSS (BOCG 26-12-1996).

resultar más rentable para el interesado permanecer como demandante de empleo en situación asimilada al alta por paro involuntario no subsidiado que solicitar el subsidio especial de desempleo en favor de los mayores de cincuenta y dos años -que, como es sabido, implica cotizaciones por las bases mínimas (art. 218.2 y 4 LGSS)- o suscribir el Convenio Especial común ¹⁷.

2.2. Incidencia en otras prestaciones distintas de la jubilación; panorama general.

Pues bien, el legislador parece haber olvidado tener en cuenta que, frente a la referencia a los meses inmediatamente anteriores al hecho causante y a la integración de lagunas previstas también como reglas generales en los artículos 140.1 y 4 de la LGSS y 5.5 del RMU, idéntico criterio fue recogido en relación a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes para aquellas dos mismas situaciones por las Res. DGRJSS de 10 de diciembre de 1990 y 17 de marzo de 1986; que, no existiendo regla alguna de integración, la Res. DGRJSS de 6 de septiembre de 1990 hizo suyo semejante beneficio respecto a las prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes y causadas desde la situación de paro involuntario; o que la retroacción al momento en que cesó la obligación de cotizar constituye la regla general para las prestaciones por desempleo sin distinción alguna entre unas situaciones y otras (arts. 211.1 LGSS y 4.1 RLPD) ¹⁸.

Así pues, dado que tal medida integradora únicamente aparece contemplada de forma expresa en la LCRSS para la prestación de jubilación, el panorama que, al menos en apariencia, se nos presenta a estos efectos es el siguiente:

- a) Respecto a la prestación de jubilación, integración de lagunas plena; tanto para los vacíos de cotización que a lo largo de la carrera asegurativa del trabajador se produzcan entre períodos de actividad, como para los que se produzcan inmediatamente antes del hecho causante ¹⁹.
- b) Respecto a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, integración de lagunas plena, salvo cuando se acceda a ella desde las situaciones de paro involuntario no subsidiado e invalidez provisional para las cuales se ha permitido retrotraer el cálculo de la base reguladora al momento en que cesó la obligación de cotizar.

¹⁷ En este sentido *cf.* la *Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social* (BOCG 26-12-1996), págs. 45 y 46, así como la Res. DGINSS de 4 de agosto de 1997 y la Res. SGOAJ de 9 de octubre de 1997 que la desarrolla. Sin embargo, calificando la medida de relativa en cuanto mejora de la técnica legislativa utilizada se muestran ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Principios de organización de las pensiones públicas», Ponencia Temática I presentada en el IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1998, pág. 13.

¹⁸ Sobre todos estos aspectos *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas...*, *ob. cit.*, págs. 187 y ss., 250 y ss.

¹⁹ En contrario, pareciendo admitir la abstracción de los meses sin cotización por huelga *cf.* ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, decimoquinta ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 313.

- c) Respecto a las prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, ausencia de integración de lagunas y retroacción en el cálculo de la base reguladora al momento en que cesó la obligación de cotizar para la situación de paro involuntario no subsidiado.
- d) Finalmente, respecto a las prestaciones por desempleo, retroacción plena al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Debe advertirse, sin embargo, que, por lo que se refiere a las prestaciones de incapacidad permanente y, sobre todo, a las de supervivencia y hasta tanto no se adopte de forma expresa una medida aclaratoria similar a la prevista en el párrafo tercero del artículo 161.1, b) de la LGSS para la prestación de jubilación, nada debiera impedir la aplicación del beneficio de la retroacción al momento en que cesó la obligación de cotizar para el cálculo de la base reguladora cuando se acceda a ellas desde otras situaciones asimiladas al alta distintas de las anteriormente citadas. Como se dijera en su momento, el hecho de que así se haya previsto para el paro involuntario no subsidiado y para la invalidez provisional obedece única y exclusivamente a su gran trascendencia práctica.

En este sentido parece conveniente que, de *lege ferenda* y con el fin de evitar evidentes situaciones discriminatorias, desiguales o de privilegio, se recupere, mantenga y/o extienda expresamente semejante beneficio respecto a todas las situaciones asimiladas al alta existentes en nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las de jubilación. Piénsese que, de existir cotizaciones suficientes, el cálculo de la base reguladora en función de los meses inmediatamente anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar -que no al momento de producirse el correspondiente hecho causante- resulta mucho más favorable para el interesado que la integración de lagunas, sobre todo cuando las bases de cotización del trabajador son altas o la laguna a rellenar es amplia ²⁰.

Es más, tal medida, que no es otra cosa que considerar al vacío de cotización como un paréntesis que no computa, aplicada incluso a la totalidad de los vacíos existentes en el período a considerar, resultaría mucho más coherente con el espíritu de la propia LCRSS, cuya Exposición de Motivos, siguiendo lo dispuesto en el Pacto de Toledo y en el Acuerdo de Consolidación y Racionalización, abogó por la introducción de mayores elementos de contribución y proporcionalidad «a fin de que las prestaciones económicas sean reflejo del esfuerzo de cotización realizado previamente». Ciertamente, siempre cabe la posibilidad de acudir a la figura del Convenio Especial; ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que éste constituye un remedio caro que no siempre se halla al alcance del interesado.

²⁰ Aunque referido a un supuesto extremo, advirtiendo de las consecuencias de la integración de lagunas, *vid.* GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *Tribuna Social*, núm. 78, 1997, pág. 16. Por su parte, abogando por la mejora de la integración de lagunas por bases mínimas sobre todo en relación a los parados, a los trabajadores con empleo precario y a los que tienen que aceptar un empleo marginal *vid.* DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, 1997, pág. 66.

En fin, tras numerosos cambios de criterio la Administración de la Seguridad Social, que precisamente es quien, por favorecer al trabajador y frente a las reglas generales de integración de lagunas, introdujo la confusión actual al permitir retrotraer el cálculo de la correspondiente base reguladora al momento en que cesó la obligación de cotizar, entiende lo siguiente respecto a las prestaciones de incapacidad permanente y supervivencia ²¹:

- a) Cuando desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar se acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para la determinación de la base reguladora se aplicará lo dispuesto en los artículos 140 y 162.1 de la LGSS. En consecuencia, los meses computables a tal efecto serán los inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante de la citada prestación sin que el período de determinación de la base reguladora pueda retrotraerse al momento en que cesó la obligación de cotizar; por supuesto, todo ello sin perjuicio de la integración de los períodos durante los cuales no haya habido obligación de cotizar. Nótese, sin embargo, que con este criterio -que, a diferencia de lo previsto en el párrafo tercero del art. 161.1, b) LGSS no aparece expresamente contemplado en el art. 140 LGSS y que en todo caso resulta radicalmente opuesto al hasta ahora mantenido en las resoluciones administrativas anteriormente citadas- situaciones idénticas recibirán por parte de la Administración un tratamiento distinto según que las mismas hayan tenido lugar con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la LCRSS.
- b) Las bases reguladoras de las pensiones por muerte y supervivencia y las de las de incapacidad permanente debidas a accidente no laboral causadas desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar o desde una situación de alta que implique tal obligación pero que por hallarse precedida por una de las dos situaciones anteriores se acredite un breve período de cotización, se obtendrán de acuerdo con la fórmula más favorable entre:

- 1.^a La norma de general aplicación prevista en el artículo 7 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio; esto es, el cociente que resulte de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses elegido por él mismo dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se origine el derecho a la pensión. De acogerse esta fórmula, y tratándose de prestaciones de muerte y supervivencia, semejante cálculo operará aun cuando dentro de dicho período existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar [arts. 9.1, a), 17.1 y 23.1 OMS]; ahora bien, tratándose de prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral, debieran integrarse los vacíos de cotización (arts. 5.5 RMU y 140.4 LGSS).

21 Instrucciones Tercera, Cuarta y Quinta Res. SGOAJ de 9 de octubre de 1997 dictada en desarrollo de lo previsto por la Res. DGINSS de 4 de agosto de 1997; también Instrucciones 10 y 13 Cir. DGINSS 3/1998.

- 2.^a El resultado de dividir por veintiocho la suma de los importes correspondientes a la base mínima de cotización de trabajadores mayores de dieciocho años de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se cause la pensión; criterio este último que, al fin y al cabo, no es sino una modalidad más de la integración de lagunas.
- c) Las bases reguladoras de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas del fallecimiento del trabajador a consecuencia de enfermedad común hallándose en alta se determinarán conforme a la regla general contenida en el artículo 7 del Decreto 1646/1972, si bien en los supuestos en los que aquél se encontrase en situación asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el citado período de siete años se computará a partir de la fecha en que se cause el derecho a la pensión o, en su caso, a partir del momento en que cesó la obligación de cotizar ²².

Sea como fuere, partiendo de la base de que tales criterios no tienen valor jurídico y que hasta tanto el legislador no los adopte expresamente, sólo vinculan a la Administración de la Seguridad Social, habrán de ser nuestros Tribunales los que, en su caso, establezcan el modo correcto de determinar las respectivas bases reguladoras de las prestaciones de incapacidad permanente y supervivencia cuando en el período de referencia a tener en cuenta para su cálculo aparezcan vacíos de cotización.

En cualquier caso ha de reconocerse que la precedente confusión carece de sentido. De ahí que, aun cuando sólo fuera por unificar criterios -algo desafortunadamente inusual en materia de Seguridad Social-, resulte imprescindible que una medida u otra -integración de lagunas o retroacción al momento en que cesó la obligación de cotizar haciendo abstracción de los vacíos de cotización en el cálculo de la base reguladora- se extiendan por igual a todas las prestaciones; así lo exige el principio de seguridad jurídica. Y es que no se puede admitir la adopción de soluciones contrarias -e, incluso, contradictorias si partimos de la base de que, a la postre, las cotizaciones menos valoradas son las que generan pensiones frente a las que generan subsidios- según se trate, por ejemplo, de prestaciones por desempleo o de jubilación. Sea como fuere, lo que ya no cabe admitir de ninguna manera es la continua afectación de derechos por parte de disposiciones administrativas según convenga o no a los intereses de la Administración de la Seguridad Social. Como señala la disposición final séptima de la LGSS es al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a quien corresponde dictar las normas de desarrollo y aplicación de la propia LGSS.

2.3. Situación de no alta o asimilada al alta.

Nada se dijo, tampoco, en la LCRSS respecto a quienes pretenden acceder a la prestación de jubilación desde la situación de no alta o asimilada al alta (art. 161.4 LGSS). En este sentido podría pensarse que no resulta aplicable la integración de lagunas en tal supuesto. Ahora bien, dado que, a

²² Instrucción 13.4 Cir. DGINSS 3/1998, que, curiosamente, distingue entre enfermedad común o accidente no laboral, cosa que no hacían las Instrucciones Cuarta y Quinta Res. SGOAJ de 9 de octubre de 1997.

diferencia de lo que sucede con la carencia específica, sí existe en este tema una regla general -cual es la de la integración de lagunas en todo caso (arts. 162.1.2 LGSS y 5.5 RMU)-, no debiera existir inconveniente alguno para aplicar también aquí dicha medida. De hecho, con efectos plenos, semejante posibilidad aparece expresamente contemplada en unos más que enrevesados apartados 4 -párrafo segundo- y 5 del artículo 4 del RLCRSS²³.

2.4. Incidencia en los Regímenes Especiales.

En fin, a lo que parece la integración de lagunas en sus distintas modalidades únicamente será de aplicación en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar (disp. adic. octava.2 LGSS y art. 4.4 RLCRSS)²⁴. Es más, así venía sucediendo hasta la entrada en vigor de la LCRSS y, probablemente, ésta sea la intención querida por el legislador.

Adviértase, no obstante, que, tanto en la redacción dada a la misma por la LCRSS -art. 13- como en la de la LMFAS -disp. adic. decimotercera. Tres-, la propia disposición adicional octava.1 de la LGSS hace extensible a todos los Regímenes Especiales de la Seguridad Social lo dispuesto en el artículo 161.1, b) de la LGSS, apartado cuyo párrafo tercero remite directamente a lo dispuesto en el artículo 162.1 -entiéndase, como hacía el Proyecto de la propia LCRSS, art. 162.1.2- LGSS. Dicho con otras palabras: la lectura combinada de los dos primeros números de la disposición adicional octava de la LGSS permite entender que la integración de lagunas con bases mínimas resultará aplicable a todos los Regímenes Especiales de la Seguridad Social respecto a los vacíos de cotización que se produzcan como consecuencia del acceso a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar (disp. adic. octava.1 LGSS); en cambio, la integración, en su caso, de los demás vacíos de cotización quedaría limitada al Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar (disp. adic. octava.2 LGSS).

Como se ha comentado con anterioridad, probablemente, sea la primera de las interpretaciones apuntadas la querida por el legislador. Éste habría olvidado señalar que el artículo 161.1, b) de la LGSS resultaba de aplicación a todos los Regímenes Especiales que integran el sistema de la

²³ En este sentido se muestra la Instrucción 3.5 Cir. DGINSS 3/1998. Admitiendo parecido criterio respecto a las prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral desde una situación de no alta *cfr.* la Instrucción 10.1 de la citada disposición. Por su parte, su Instrucción 13.5 entiende que para la determinación de la base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad cuando el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada al alta se aplicará la norma general prevista en el artículo 7 del Decreto 1646/1972, si bien a efectos del cómputo de los siete años se podrá acudir al momento en que cesó la obligación de cotizar.

²⁴ Si el régimen de jubilación es el de la Minería del Carbón, la integración de lagunas se hace con bases normalizadas, no con mínimas [STSJ Asturias de 28 de octubre de 1993 (AS 4284), citada por ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social, ob. cit.*, pág. 313]. Sobre estas bases normalizadas *vid.* la Orden Ministerial de 10 de diciembre de 1997.

Seguridad Social «salvo su párrafo tercero»; a su vez habría olvidado incluir el citado párrafo tercero del artículo 161.1, b) de la LGSS en el apartado 2 de la disposición adicional octava de la LGSS. Así pues, dado que tal interpretación es perfectamente admisible desde un punto de vista jurídico -máxime cuando la redacción empleada en el apartado primero de la citada disposición en absoluto resulta excluyente de Régimen alguno-, habrán de ser de nuevo nuestros Tribunales los que, a falta de corrección legal, resuelvan definitivamente tan confusa cuestión.

III. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. Pensión de viudedad.

1.1. Consideraciones previas.

Al decir de la Exposición de Motivos de la LCRSS, pendientes quedaban entonces las reformas que la regulación de las prestaciones de muerte y supervivencia requería, las cuales, siguiendo lo dispuesto por la Recomendación duodécima del Pacto de Toledo, habrían de abordarse, dentro de las posibilidades financieras del sistema, a la mayor brevedad posible y teniendo en cuenta la configuración constitucional y estatutaria de la Seguridad Social.

Pues bien, apenas unos meses después de la entrada en vigor de la LCRSS se procedió a modificar una de las exigencias más controvertidas de acceso a dichas prestaciones: la del requisito del alta ²⁵. En efecto, aun cuando la regla general sigue siendo la de la acreditación del alta o situación asimilada al alta para acceder a la pensión de viudedad, el nuevo párrafo segundo del artículo 174.1 de la LGSS introducido por la disposición adicional decimotercera. Uno LMFAS suprime dicho requisito siempre que el causante hubiera completado un período mínimo de cotización de veintidós años. Obviamente, se persigue con ello evitar la desprotección de quienes, habiendo completado amplios períodos de cotización, no acreditasen el requisito del alta o asimilada al alta en el momento de producirse el correspondiente hecho causante. Ni que decir tiene que dicha supresión afectará a hechos causantes derivados de contingencias comunes, ya se trate de una enfermedad como de un accidente; nótese que para los derivados de contingencias profesionales entrarían en juego otros mecanismos de relativización del requisito del alta tales como, por ejemplo, la situación de alta de pleno derecho (art. 125.3 LGSS) ²⁶.

²⁵ Proponiendo la supresión de este requisito *vid.* ya GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M. P.: *Las prestaciones de Supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 236 y SASTRE IBARRECHE, R.: «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *Temas Laborales*, núm. 39, 1996, pág. 47.

²⁶ Sobre los distintos mecanismos de relativización del requisito del alta *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas...*, *ob. cit.*, 1997, págs. 53 y ss.

1.2. Carencia.

Como es sabido, parecida supresión ya fue introducida por la LMU (art. 1) respecto de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez derivadas de contingencias comunes previo el cumplimiento de determinados requisitos de edad y carencia. En concreto, respecto de la pensión de jubilación, se exige para ello haber cumplido la edad de sesenta y cinco años y acreditar un período mínimo de cotización de quince años de los cuales, al menos dos, deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar derecho a la misma (art. 161.4 y disp. trans. cuarta.4 LGSS); respecto de las prestaciones de incapacidad permanente se exige acreditar, en todo caso, un período mínimo de cotización de quince años de los cuales, al menos tres, deberán estar comprendidos dentro de los diez inmediatamente anteriores al hecho causante (arts. 4.3 RMU y 138.3 LGSS).

Según se ha visto, también aquí se hace depender la supresión de la exigencia del alta o situación asimilada al alta del cumplimiento de una carencia previa. Ahora bien, alejándose del ya de por sí elevado parámetro de quince años previsto por la LMU respecto a las prestaciones comentadas, el legislador ha optado esta vez por exigir una carencia previa de veintidós años de cotización, lo cual parece a todas luces excesivo y en absoluto proporcional²⁷. Como puede apreciarse, aunque importante y positiva, la medida adoptada no es tan favorable como en principio pudiera parecer. Nos hallamos más bien, ante una supresión relativa ya que, lejos de eliminarse *in genere* el requisito del alta, se exige el cumplimiento de una condición extraordinaria; en este sentido, piénsese que son, precisamente, las personas que no se hallan en situación de alta o asimilada al alta las que menos cotizaciones acreditarán a lo largo de su carrera de seguro y, por tanto, las que más dificultades tendrán para poder alcanzar dicha carencia²⁸.

1.3. Efectos económicos.

Así las cosas, la regla general seguirá siendo la de la exigencia del alta y, por ende, el elenco de situaciones a ella asimiladas, la llave para el acceso a la protección en supuestos diversos del arquetípico. No debe olvidarse, además, que es en materia de prestaciones por muerte y supervivencia donde mayor incidencia tiene la doctrina jurisprudencial de la interpretación humana, flexible e individualizadora del requisito del alta, doctrina que, no obstante la modificación ahora comen-

²⁷ El Proyecto de la LMFAS (BOCG 9-10-1997) exigía treinta años de cotización. Lo cual, en opinión del Consejo Económico y Social («Dictamen 5/1997: Sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», pág. 38), «parece excesivo y susceptible de provocar efectos restrictivos en la concesión de este tipo de pensiones, en circunstancias que, en la actualidad, permiten acceder al derecho en virtud de resoluciones judiciales que aplican un criterio más flexible sobre esta materia». Ciertamente, el texto definitivo de la LMFAS se separó de lo previsto en un principio, pero no por ello deja de parecer excesiva la exigencia de veintidós años de cotización.

²⁸ Comentando la propuesta del Grupo Socialista de reducir esta exigencia a quince años *cf.* RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VIÑA, J.: «Las prestaciones por muerte y supervivencia. La necesidad de una reforma estructural», Comunicación presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1998, pág. 4.

tada, seguirá manteniendo su virtualidad²⁹. Como no podía ser de otra manera, modalizada quedará la jurisprudencia que, ante la supresión del requisito del alta que en su día introdujo la LMU, venía manteniendo para las prestaciones de supervivencia y, en particular, para las de viudedad la exigencia del mismo en el momento del hecho causante³⁰.

En todo caso, siempre que aparezcan acreditados los veintidós años de cotización, especialmente interesante resultará la supresión del requisito del alta a cuantas personas se les hubiera denegado con anterioridad la prestación de viudedad por no reunir el causante al tiempo del fallecimiento el requisito del alta; téngase en cuenta que el reconocimiento de esta prestación deviene imprescriptible (art. 178 LGSS). Éste sería el caso, por ejemplo, de los beneficiarios de los declarados inválidos sin derecho a pensión o de quienes, tras una prolongada situación de paro, no se hallasen inscritos como demandantes de empleo³¹.

Debe advertirse, sin embargo, que en tales supuestos semejante medida no generará derecho al cobro de cantidades correspondientes a ejercicios anteriores al 1 de enero de 1998 (párrafo tercero del art. 174.1 LGSS, en la redacción dada al mismo por la disp. adic. decimotercera.Uno LMFAS). Dicho con otras palabras; si bien podrá solicitarse -de acuerdo con lo anterior- de nuevo el nacimiento de la prestación de viudedad que en su día hubiera sido denegada por no reunir el causante al tiempo del óbito el requisito del alta, los efectos económicos de tal solicitud no se producirán sino a partir de aquella fecha; y con este límite, dentro de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (art. 178 LGSS).

1.4. Vacíos de cotización.

Ahora bien, tanto para estas situaciones en las que existe una especie de segunda oportunidad como para aquellas otras que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la LMFAS, no deben olvidarse los problemas que la situación de no alta de la que las mismas derivan puede plantear en orden a la acreditación de la carencia exigida y al cálculo de la correspondiente base reguladora.

²⁹ Sobre dicha interpretación *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas ...*, *ob. cit.*, págs. 63 y ss.; por su parte, el elenco de situaciones asimiladas al alta para las prestaciones de supervivencia puede consultarse en las págs. 99 y ss. de esta misma obra.

³⁰ Al respecto *cfr.* los Autos del TS de 5 de junio de 1991 (RJ 5133) y 4 de junio de 1997 (RJ 4624), así como las SSTs de 3 de julio de 1991 (RJ 5867), 5 de febrero y 25 de junio de 1993 (RJ 742 y 4923), 22 de febrero de 1994 (RJ 1225) y 21 de junio de 1995 (RJ 5215), comentadas por SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina», AS, noviembre 1997, págs. 32 y ss.

³¹ Señalando que la situación del declarado inválido sin derecho a pensión es inhábil para entender el requisito del alta *cfr.* la STS de 21 de junio de 1995 (RJ 5215); respecto al paro involuntario sin inscripción como demandante de empleo *cfr.* la STS de 4 de junio de 1996 (RJ 4879); una y otra comentadas por SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Jurisprudencia Social. Unificación ...», *ob. cit.*, págs. 33 y ss.

Recuérdese que para las pensiones de viudedad derivadas de enfermedad común -no así para el resto de contingencias (art. 174.1 LGSS)- se exige un período mínimo de cotización de quinientos días dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante [arts. 32.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 7.1, b) OMS]. Sabido es que administrativa y jurisprudencialmente se ha venido permitiendo retrotraer el cálculo de esta carencia al momento en que cesó la obligación de cotizar cuando se accedía a la prestación de viudedad desde determinadas situaciones asimiladas al alta sin obligación de cotizar como, por ejemplo, la de paro involuntario no subsidiado; sabido es también que semejante posibilidad no sólo se ha generalizado sino que se ha legalizado respecto a la prestación de jubilación. Obviamente, en cuanto que únicamente se podía causar la prestación de viudedad desde una situación de alta o asimilada al alta, nada se pudo prever en relación a los efectos de la supresión del requisito del alta. Surge por tanto la duda sobre la extensión de dicha medida a los supuestos de no alta. Pues bien, aun cuando nada debiera impedir lo contrario -a buen seguro, tal extensión sería la solución más justa, al menos la más proporcional y contributiva-, otro parece ser, según se vio, el criterio querido por el legislador respecto a la prestación de jubilación (art. 161.4 LGSS). En este sentido, lo más coherente sería que para acceder a una prestación de viudedad derivada de enfermedad común desde una situación de no alta o asimilada a ella resulte necesario acreditar una carencia genérica de veintidós años más otra específica de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, sin que a estos últimos efectos quepa retrotraerse al momento en que cesó la obligación de cotizar ³².

Curiosamente, sin que nada se establezca al respecto y sin que ni siquiera pudiera llegarse a tal conclusión de lo dispuesto por los artículos 138.3 y 161.4 de la LGSS respecto a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, la Administración de la Seguridad Social entiende que, completado el período de veintidós años, no es necesario acreditar la carencia específica de quinientos días en los últimos cinco años ³³. Con el fin de evitar agravios comparativos, consecuencia directa de todo ello es que se llega a admitir la inexigencia de dicho requisito carencial, incluso, en los supuestos de alta o situación asimilada al alta en los que el causante acredite los veintidós años de cotización ³⁴. Ciertamente, esta interpretación facilitará el acceso a las prestaciones de viudedad; sin embargo, no deja de tratarse de una supresión administrativa de un requisito exigido normativamente.

Las cosas se complican aún más por lo que respecta al cálculo de la base reguladora en relación a los vacíos de cotización que la situación de no alta conlleva. Entre otros motivos porque, como es sabido, no cabe para estas prestaciones la integración de lagunas que los artículos 5.5 del RMU, 140.4 y 162.1.2 de la LGSS contemplan en relación a las prestaciones de jubilación e incapacidad

³² Exigiendo esta carencia de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante para un supuesto de no alta *cfr.* ya la STS de 15 de octubre de 1997 (RJ 7352).

³³ En este sentido, pareciendo confundir ambas exigencias carenciales según se trate de enfermedad común o accidente no laboral se muestra PORTUGAL BARRIOSUSO, R. M.: «Novedades en materia de Seguridad Social, introducidas por la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, y por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», *Lex Nova*, núm. 1, 1998, pág. 23; también ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Principios de organización ...», *ob. cit.*, pág. 28.

³⁴ Instrucción 12.2 y 3 Cir. DGINSS núm. 3/1998, de 10 de marzo.

permanente. Lógicamente nada se ha podido disponer hasta ahora respecto a este tema. Sin embargo, según se vio con anterioridad, para el paro involuntario no subsidiado la Administración de la Seguridad Social venía permitiendo retrotraer el cálculo de la base reguladora al momento en que cesó la obligación de cotizar, criterio que, como también se vio al hilo de la prestación de jubilación, será abandonado por ésta a partir de la entrada en vigor de la LCRSS.

Pues bien, mientras no se disponga otra cosa parece que, aun cuando dentro del período a tener en cuenta existan lapsos en los que no haya existido obligación de cotizar por encontrarse el interesado en una situación de no alta, la base reguladora de la prestación de viudedad se calculará dividiendo por veintiocho la suma de las bases de cotización correspondientes a los veinticuatro meses naturales consecutivos elegidos dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante [arts. 7 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, y 9.1, a) OMS]; no obstante esto último, a efectos del cómputo de los siete años, la Administración de la Seguridad Social permite retrotraer su cálculo al momento en que cesó la obligación de cotizar. Parecido criterio sigue en relación a los hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la LMFAS ³⁵. En cualquier caso, no estaría de más que, de no adoptarse con plenos efectos la doctrina del paréntesis -a todas luces más favorable para el interesado cuando éste acredita cotizaciones suficientes-, se extienda, para las prestaciones de muerte y supervivencia, el mecanismo de la integración de lagunas.

1.5. Incidencia en los Regímenes Especiales.

Sea como fuere, la supresión del alta prevista en el párrafo segundo del artículo 174.1 de la LGSS resultará de aplicación a todos los Regímenes que integran el sistema español de la Seguridad Social; así lo entiende la disposición adicional octava.1 de la LGSS, según la nueva redacción dada a la misma por la disposición adicional decimotercera. Tres de la LMFAS ³⁶. Ahora bien, quizá no pueda decirse lo mismo respecto a la imposibilidad de causar derecho al cobro de cantidades anteriores al 1 de enero de 1998 que se contiene en el párrafo tercero del artículo 174.1 de la LGSS. Y es que si se tiene en cuenta que la disposición adicional octava.1 de la LGSS tan sólo alude al párrafo segundo del artículo 174.1 de la LGSS, fácilmente podría sostenerse que la limitación contenida en su párrafo tercero resultará única y exclusivamente aplicable al Régimen General.

Por supuesto, esto no es -o al menos no debiera serlo- lo querido por el legislador; de hecho, en la ya de por sí imperfecta disposición adicional octava.1 de la LGSS, aquél habría olvidado señalar que, con exclusión del párrafo primero, el artículo 174.1 de la LGSS resultaba de aplicación a

³⁵ Instrucción 13.5 Cir. DGINSS núm. 3/1998, de 10 de marzo.

³⁶ Según la Instrucción 20 Cir. DGINSS núm. 3/1998, de 10 de marzo, las referencias que tanto aquí como en los siguientes apartados se efectúen «en relación con el hecho causante de las prestaciones por muerte y supervivencia de fallecidos que estuvieran incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán referidas al último día del mes en que se produzca el fallecimiento del sujeto causante, con independencia de que éste estuviera o no en situación de alta o asimilada a la de alta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Orden de 24 de septiembre de 1970».

todos los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social española. A lo que parece, el origen de dicho olvido residiría en circunstancia tan simple como la de que en el Proyecto de la LMFAS el artículo 174.1 de la LGSS únicamente constaba de dos párrafos; si bien se modificó el contenido de éste al añadirse un tercer párrafo, se dejaron intactas el resto de referencias existentes al mismo. En cualquier caso, dado que tal interpretación es perfectamente admisible desde un punto de vista jurídico habrán de ser de nuevo nuestros Tribunales los que, a falta de corrección legal, resuelvan definitivamente esta cuestión. En fin, no ha de olvidarse que, aun cuando la disposición adicional octava de la LGSS tampoco aluda a él, el artículo 178 de la LGSS dispone que los efectos económicos de las prestaciones de muerte y supervivencia sólo podrán entenderse producidos a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

2. Pensión de orfandad.

Como no podía ser de otra manera, la supresión del requisito del alta para acceder a las prestaciones de viudedad previa la acreditación de un período de cotización de veintidós años también se hace extensible a las prestaciones de orfandad. Por remisión al párrafo segundo del artículo 174.1 LGSS, así lo indica el igualmente párrafo segundo del artículo 175.1 de la LGSS según la redacción dada al mismo por la disposición adicional decimotercera. Dos de la LMFAS. Por tal motivo, aplicables a la prestación de orfandad resultarán la práctica totalidad de las observaciones realizadas en torno a la prestación de viudedad ³⁷.

Debe advertirse, no obstante, que el párrafo segundo del artículo 175.1 de la LGSS únicamente se remite al párrafo segundo del artículo 174.1 de la LGSS. Nada se contiene en el mismo respecto al tercer párrafo de este último precepto, párrafo según el cual no cabe cobrar cantidades por viudedad correspondientes a ejercicios anteriores al 1 de enero de 1998. Pues bien, conjugada con la reciente supresión del requisito del alta, tal omisión permitiría deducir que no sólo va a ser posible solicitar de nuevo el nacimiento de la prestación de orfandad que en su día hubiera sido denegada por no reunir el causante al tiempo del óbito el requisito del alta, sino también que los efectos económicos de semejante solicitud generarán el derecho a cobrar cantidades anteriores al 1 de enero de 1998.

³⁷ Dudando acerca del mantenimiento del criterio humano, flexible e individualizador del requisito del alta se muestran ROLDÁN ESTRADA, N. y PURCALLA BONILLA, M. A.: «Pensión de orfandad: notas sobre las recientes reformas de su régimen jurídico», Comunicación presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1998, págs. 16 y 17, quienes siguiendo además a la Cir. DGINSS 3/1998, admiten erróneamente que la carencia específica de quinientos días desaparece en estos supuestos; en este último sentido se muestran también ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Principios de organización ...», *ob. cit.*, pág. 31. En fin, cabe afirmar con los primeros autores citados que «serán pocos los causantes que, sin estar en alta o situación asimilada al alta en el momento del óbito, hayan cotizado más de veintidós años y, a su vez, dejen hijos en edad de solicitar la pensión de orfandad».

Evidentemente, esto no es lo querido por el legislador, quien, por los motivos anteriormente indicados, habría olvidado mencionar el tercer párrafo del artículo 174.1 de la LGSS en el segundo párrafo del artículo 175.1 de la LGSS. Ahora bien, dado que tal interpretación es perfectamente admisible desde un punto de vista jurídico, habrán de ser de nuevo nuestros Tribunales los que, otra vez y a falta de corrección legal, resuelvan definitivamente esta cuestión³⁸. En cualquier caso, no ha de olvidarse que los efectos económicos de las prestaciones de muerte y supervivencia, en general, y de la prestación de orfandad, en particular, sólo podrán entenderse producidos a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (art. 178 LGSS).

Sea como fuere, la supresión del requisito del alta aquí estudiada resultará de aplicación a todos los Regímenes que integran el sistema español de la Seguridad Social (disp. adic. octava.1 de la LGSS, en la nueva redacción dada a la misma por la disp. adic. decimotercera.Tres LMFAS).

3. Otras prestaciones.

En fin, aun cuando son de agradecer las mejoras introducidas por las disposiciones adicionales novena y décima del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, en los artículos 22.1.1 y 25 de la OMS en relación a la pensión y al subsidio temporal en favor de determinados familiares, bien podría haberse aprovechado la ocasión para suprimir el requisito del alta en los términos en que así se ha previsto para las prestaciones de viudedad y orfandad; no siendo esto así, se produce el absurdo de que para causar estas prestaciones en favor de familiares sigue siendo requisito imprescindible, siempre y en todo caso, el que el causante se hallara al tiempo del óbito en situación de alta o asimilada al alta (art. 2.1 OMS)³⁹.

Probablemente se trate de otro desafortunado olvido del legislador, por lo que, a falta de corrección legal, es de esperar de los Tribunales la pronta subsanación del mismo; es más, habiéndose suprimido, en parte, el requisito del alta respecto de aquellas otras prestaciones, no parece que esta vez se impida cualquier aplicación expansiva o analógica como, sin embargo, ha venido sucediendo respecto a las prestaciones de muerte y supervivencia en relación a la supresión del requisito del alta introducida en su día por la LMU para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación. En fin, tampoco parece probable que el mantenimiento del requisito del alta en las prestaciones y subsidios en favor de familiares pueda justificarse analógicamente por el mantenimiento a su vez del citado requi-

³⁸ Advirtiendo la existencia de este problema, el Escrito de la SGOAJ de 9 de enero de 1998 reconoce que «dada la íntima relación existente entre las pensiones de viudedad y orfandad, se estima que también para estas últimas es posible la aplicación de la modificación legal, en el sentido de poder reconocerse pensiones, aun por hechos causados antes de 1-1-98, y aunque el fallecido no estuviese en alta o situación asimilada, siempre que hubiese completado el período de cotización de 22 años. Pero los efectos económicos no podrán retrotraerse a fechas anteriores a 1-1-98».

³⁹ En este sentido se muestra también la Instrucción 18.2 Cir. DGINSS núm. 3/1998, de 10 de marzo, así como PANIZO ROBLES, J. A.: «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1998», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 180, 1998, pág. 50.

sito en las prestaciones de incapacidad permanente parcial y total para la profesión habitual; nótese que este último se pretende justificar por el hecho de que en la incapacidad absoluta y en la gran invalidez difícilmente podrá el interesado darse de alta en una actividad cualquiera, mientras que en la invalidez total y parcial puede muy bien hallar otro trabajo o seguir en el suyo habitual ⁴⁰.

IV. CONVENIOS ESPECIALES

1. Trabajadores cuya prestación de servicios sea inferior a doce horas semanales o cuarenta y ocho al mes.

Aunque en realidad no existiera una situación de baja, la disposición adicional vigesimoprimera.1 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1995 incluyó en el artículo 2, a) de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 un párrafo segundo en virtud del cual se permitía suscribir Convenio Especial a todos aquellos trabajadores cuya prestación de servicios fuera inferior a doce horas semanales o cuarenta y ocho horas al mes y que, de acuerdo con la primitiva redacción del artículo 12.3 del ET, sus derechos de protección social no incluyesen las pensiones de invalidez permanente y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, y jubilación.

Constituía éste un supuesto distinto al previsto en el artículo 13 de la propia Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 destinado a completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial por tiempo superior a doce horas semanales o cuarenta y ocho al mes hasta la base mínima de cotización establecida con carácter general para un trabajador a tiempo completo de su misma categoría profesional. Téngase en cuenta que de lo que fundamentalmente se trataba con aquel otro Convenio Especial era adquirir, que no completar, una protección de la que en principio se carecía; al menos, hasta que se diese cumplimiento a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, primero, y en la disposición transitoria cuarta de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, después, en orden a la cobertura para este colectivo de la totalidad de contingencias contempladas en nuestro sistema de protección social.

Pues bien, dado que a partir del 1 de mayo de 1998 los trabajadores que hayan sido contratados a tiempo parcial con una duración de su prestación de servicios inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes quedarán protegidos, cualquiera que fuese la fecha de celebración del contrato, frente a la totalidad de las situaciones y contingencias que se hallen previstas con carácter general en el respectivo Régimen de la Seguridad Social en el que figuren encuadrados (art. 1 Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo), la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 2, a) de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 quedará vaciada de contenido.

40 STSJ Comunidad Valenciana de 10 de abril de 1991 (AS 2677). En este mismo sentido se muestran la STCT de 10 de febrero de 1989 (RTCT 1598), así como las SSTSJ Andalucía de 11 de enero de 1993 (AS 110), Aragón de 6 de noviembre de 1991 (AS 6284) y Cataluña de 14 de enero de 1992 (AS 273).

Debe advertirse en todo caso que, de no haberse acudido al Convenio Especial y a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones económicas de incapacidad permanente y supervivencia derivadas de contingencias comunes y jubilación, no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores así contratados durante los períodos que hubieran estado excluidos de protección por dichas contingencias (disp. trans. segunda Real Decreto 489/1998).

En fin, lo anterior no impide que, en cuanto trabajadores a tiempo parcial, puedan acudir al supuesto especial de Convenio Especial contemplado en el artículo 13 de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 ⁴¹.

2. Deportistas de alto nivel.

Aunque en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos o por Cuenta Propia, como supuesto particular del Convenio Especial común se nos presenta en el sistema español de Seguridad Social el Convenio Especial en favor de los deportistas de alto nivel. En efecto, en cuanto tal así apareció regulado en el artículo 14 del Real Decreto 1856/1995, de 17 de noviembre, y así aparece regulado hoy en el también artículo 14 del Real Decreto 1467/1997, de 19 de septiembre, derogatorio del anterior. En todo caso, lo sorprendente sigue siendo que, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 53.2, e) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y en la disposición adicional tercera de la LGSS, éste haya sido el mecanismo elegido para lograr la inclusión de este colectivo en el sistema de Seguridad Social ⁴². Sea como fuere, aunque en ubicado en distinta norma, el régimen jurídico de este Convenio apenas si ha sufrido variaciones ⁴³.

3. Ampliación de la acción protectora de determinados Convenios Especiales.

A partir del 1 de enero de 1998, tanto el Convenio Especial -común y, a lo que parece, también, los supuestos especiales del mismo- previsto en la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991, como el Convenio Especial contemplado en la Orden Ministerial de 25 de enero de 1996 en favor de los trabajadores de temporada comprendidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y

⁴¹ Sobre las normas aplicables en materia de cotización y para el cálculo de prestaciones respecto de este colectivo de trabajadores *vid.* el propio Real Decreto 489/1998.

⁴² Con anterioridad la Res. DGTGSS de 20 de febrero de 1992 (*TS*, núm. 16, 1992, págs. 53 y 54) había entendido que, sin perjuicio de lo que estableciera el desarrollo reglamentario del artículo 53.2, e) de la Ley 10/1990, no procedía la afiliación individual de los deportistas profesionales al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o por Cuenta Propia. Al respecto *cf.* CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 262 y 263.

⁴³ Sobre el mismo *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas ...*, *ob. cit.*, págs. 406 y ss.

Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social tendrán como objeto la cobertura de todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes, a excepción de los subsidios por incapacidad temporal y maternidad (disp. adic. octava OM de 26 de enero de 1998) ⁴⁴.

Por lo que al Convenio Especial común se refiere, quiere decirse con ello que, frente a lo que venía contemplando el artículo 1.2 de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991, la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria deja de ser voluntaria para el interesado, pasando a ser a partir de ahora obligatoria; en cuanto a los supuestos especiales del Convenio Especial previsto en la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 y al Convenio Especial en favor de los trabajadores de temporada anteriormente citados, lo anterior significa que se amplían, también de forma obligatoria, sus respectivas coberturas protectoras, hasta ahora fundamentalmente limitadas a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y supervivencia derivadas de contingencias comunes.

Debe advertirse, sin embargo, que como consecuencia de lo anterior, la cuota a ingresar en todos estos supuestos resultará incrementada por ello (art. 21 OM de 26 de enero de 1998), perjudicando especialmente a quienes puedan acceder a la prestación de asistencia sanitaria por otros medios; tal es el caso, por ejemplo, de los pensionistas de incapacidad permanente total para su profesión habitual, de los que se encuentren en situación de alta especial motivada por huelga legal o cierre patronal, de los trabajadores contratados a tiempo parcial, de los trabajadores que reduzcan su jornada para el cuidado de menores o minusválidos o de los trabajadores perceptores del subsidio de desempleo con derecho a cotización por la contingencia de jubilación, que por permitirlo así la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991, deseen suscribir un Convenio Especial ⁴⁵. En este sentido, quizá hubiera sido más justo seguir manteniendo la opción prevista en el artículo 1.2 de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 y extenderla a los suscriptores del Convenio previsto en la Orden Ministerial de 25 de enero de 1996.

Sea como fuere, la citada ampliación será de aplicación a los Convenios Especiales suscritos a partir del 1 de enero de 1998. Respecto de los períodos anteriores a tal fecha, incluso cuando, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, 11.1.3, 12.3 y 14.2 de la Orden Ministerial de 18 de julio de 1991 o en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 25 de enero de 1996, el interesado opte por adelantar los efectos económicos del Convenio suscrito, serán de aplicación las normas vigentes en dichos períodos. En todo caso, los Convenios Especiales suscritos con anterioridad al 1 de enero de 1998 se seguirán rigiendo por la normativa que les hubiera sido de aplicación, lo cual puede llegar a perjudicar a los trabajadores de temporada que, careciendo de la prestación de asistencia sanitaria, ni siquiera tuvieron en su día la oportunidad de optar por ella al no permitirlo así la Orden Ministerial de 25 de enero de 1996. En fin, aunque la protección de asistencia sanitaria pueda obtenerse por otros medios, con posterioridad al 1 de enero de 1998 no cabrá reducir el ámbito de cobertura del Convenio Especial suscrito.

⁴⁴ Sobre el régimen jurídico de estos Convenios *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas ...*, *ob. cit.*, págs. 259 y ss., 302 y ss.

⁴⁵ Probablemente, semejante medida obligará, además, a revisar la cotización efectiva que corresponda realizar por asistencia sanitaria en los tres últimos supuestos citados.

4. Trabajadores emigrantes por cuenta propia transitoriamente retornados.

Partiendo de la autorización prevista en la disposición adicional primera de la LGSS, como también del mandato contenido en el artículo 42 de la Constitución Española, el Real Decreto 1564/1998, de 17 de julio, ha instaurado la posibilidad de que los trabajadores españoles que realicen una actividad por cuenta propia en países que no tengan suscrito con España un Acuerdo o Convenio de Seguridad Social o que, teniéndolo, éste no regule o no les garantice debidamente la prestación de asistencia sanitaria ⁴⁶, queden protegidos, a los efectos de esta última prestación y en los supuestos de estancia temporal en territorio español, mediante la suscripción de un nuevo Convenio Especial. La cobertura de la prestación de asistencia sanitaria se extiende, además, a los familiares de estos trabajadores, tanto en los supuestos de estancia temporal como en los de residencia permanente de los mismos en nuestro país. Así pues, bien que con igual extensión que en el Régimen General de la Seguridad Social, la prestación de asistencia sanitaria por causa de enfermedad común, accidente no laboral o maternidad será exclusivamente otorgada en España. De esta forma, el presente Convenio Especial viene a complementar al previsto en el Decreto 1075/1970, de 9 de abril, respecto de los trabajadores emigrantes por cuenta ajena que retornan transitoriamente al territorio nacional ⁴⁷.

Para la efectividad de este Convenio, el titular, que habrá de ostentar la condición de trabajador por cuenta propia según lo previsto en el ordenamiento jurídico español (art. 2.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto), asumirá a su exclusivo cargo la cotización que anualmente fije el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; en concreto, la cuota a ingresar, que para 1998 será de 11.553 pesetas, tendrá carácter mensual. Adviértase, sin embargo, que, aun cuando el objetivo a conseguir sea prácticamente el mismo, esto es, amparar a los emigrantes españoles transitoriamente retornados a España y a sus familiares -residan o no en nuestro país-, dicha cuota es sensiblemente superior a la fijada para los supuestos previstos en el Decreto 1075/1970; concretamente, la cuota que durante 1998 corresponde satisfacer en virtud de esta última norma será de 7.410 pesetas [art. 23, c) OM de 26 de enero de 1998]. Pero es que además, de esta cantidad, el trabajador por cuenta ajena sólo deberá abonar 1.123 pesetas, corriendo el resto a cargo de la Dirección General de Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Quizás por ello pueda decirse que el trabajador emigrante por cuenta propia se encuentra relativamente discriminado en relación al trabajador emigrante por cuenta ajena.

⁴⁶ O lo que es lo mismo, que no exista Convenio Internacional que ponga estas prestaciones a cargo de institución española o extranjera. Y es que, aun cuando la regla general sea otra, no todos los Convenios Internacionales suscritos por España en materia de Seguridad Social se hacen cargo en plenitud de estas prestaciones, sobre todo cuando las mismas derivan de contingencias comunes y maternidad. Al respecto *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, págs. 405 y ss.

⁴⁷ Como señalan ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 44 y GALIANA MORENO, J. M.: *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, págs. 91 y ss., el Convenio previsto en el Decreto 1075/1970, se está refiriendo a los trabajadores por cuenta ajena, quedando excluidos los trabajadores por cuenta propia. Para éstos es, pues, para los que se dicta el Real Decreto 1564/1998. En fin, sobre el régimen jurídico de este Convenio, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas ...*, *ob. cit.*, págs. 329 y ss.

En fin, como no podía ser de otra manera, el Convenio suscrito se extinguirá por cualquiera de las siguientes causas:

- a) Por perder el titular del derecho la condición -a lo que parece, según lo que disponga el ordenamiento jurídico español- de trabajador por cuenta propia.
- b) Por quedar el titular del derecho comprendido, como trabajador en activo, como pensionista o como beneficiario en cualquier Régimen del sistema español de la Seguridad Social en cuya acción protectora esté incluida, tanto sea con carácter obligatorio como voluntario, la protección de asistencia sanitaria ⁴⁸.
- c) Por fallecimiento del titular del derecho.
- d) Por decisión voluntaria del trabajador debidamente comunicada a la Administración de la Seguridad Social (Dirección Provincial de la Tesorería General) ⁴⁹.
- e) Por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas ⁵⁰.
- f) Cuando, como consecuencia de la aplicación de una norma internacional de Seguridad Social, los trabajadores y sus familiares a que se refiere este Convenio Especial pasen a tener garantizado el derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

5. Españoles empleados en organizaciones internacionales.

Partiendo, esta vez, de la autorización prevista en el entonces artículo 7.3 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, aunque siguiendo también el mandato contenido en el artículo 42 de la Constitución Española, mediante Real Decreto 2805/1979, de 7 de diciembre, y Orden Ministerial de 14 de febrero de 1980 se estableció que los españoles no residentes en territorio nacional que ostentasen la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales podrían ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social mediante la suscripción de un Convenio Especial con la Tesorería General de la Seguridad Social quedando así afiliados al sistema y en situación asimilada a la de alta.

⁴⁸ Para los emigrantes retornados como pensionistas *cfr.* la Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981.

⁴⁹ A buen seguro, los efectos de la extinción del Convenio Especial se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha de la comunicación escrita.

⁵⁰ A lo que parece, y en tanto no se disponga expresamente otra cosa, los efectos del Convenio se cancelarán desde la última mensualidad pagada. Ahora bien, debe advertirse que, si no son consecutivas, no procederá la extinción del Convenio suscrito, incluso, aun cuando se adeuden cuotas por un período superior a tres mensualidades; lo cual, si bien favorece la continuidad del mismo, puede dar lugar a la aparición de problemas interpretativos. Por ello, quizás debiera haberse hablado de tres mensualidades «exigibles».

Varios son al respecto los requisitos exigidos por el artículo 2.1 de la Orden Ministerial de 14 de febrero de 1980: ser español ⁵¹, ostentar la condición de funcionario o empleado de una organización internacional intergubernamental, no tener, como también señala el artículo 1.2 del Real Decreto 2805/1979, la condición de funcionario de la Administración Pública española que dé lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes que integran el sistema español de Seguridad Social y, finalmente, no residir en territorio nacional.

Ahora bien, no obstante este último requisito, comprendidos en el régimen instaurado por el Real Decreto 2805/1979, se encuentran asimismo los funcionarios españoles residentes en España que presten servicios en la sede central de la Organización Mundial del Turismo (art. único Real Decreto 1975/1982, de 24 de julio), los funcionarios españoles residentes en España que presten servicios en las sedes centrales del Consejo Oleícola Internacional y en la Oficina de Educación Iberoamericana (art. único Real Decreto 317/1985, de 6 de febrero) y, por último, los españoles residentes en España que presten servicios para la Agencia Espacial Europea (art. 1 OM de 17 de mayo de 1994) ⁵².

Sin entrar en mayores detalles sobre su específica regulación ⁵³, cabe señalar que las prestaciones que se tratan de amparar con la suscripción de este Convenio Especial son solamente las de invalidez permanente y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación y servicios sociales (arts. 2.1 Real Decreto 2805/1979 y 4.1 de la OM de 14 de febrero de 1980). No se cubren, por tanto, prestaciones tales como las de asistencia sanitaria, desempleo, incapacidad temporal o maternidad.

Pues bien, a completar la acción protectora de este Convenio Especial es a lo que se compromete el reciente Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, bien que sólo a efectos de la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad y respecto de los españoles que, ostentando la condición de empleados o funcionarios de organismos internacionales intergubernamentales con sede, oficina de representación o delegación en España, residan en territorio nacional y no tengan derecho, con carácter obligatorio, a dicha prestación. Curiosamente, en vez de refundir en un solo tratamiento la acción protectora de estos trabajadores -como, por ejemplo, ha hecho la disp. adic. octava OM de 26 de enero de 1998-, el Real Decreto 1658/1998 parece con-

⁵¹ Como señala NUÑO RUBIO, J. L.: «Los Reglamentos Comunitarios y las prestaciones por vejez y supervivencia de la Seguridad Social española», en *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1981, pág. 337, los beneficios de estas disposiciones habrán de ser extensivos a los nacionales de los restantes países miembros de la Unión Europea. E incluso, habría que añadir, a los nacionales de otros países que, de acuerdo a lo dispuesto en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, resulten equiparados a los españoles (art. 7.5 de la LGSS).

⁵² Sobre la aplicación de las disposiciones del Real Decreto 2805/1979 a los refugiados y apátridas *vid.* el Anexo VI letra D Reglamento (CEE) 1408/1971, de 14 de junio, incorporado en el Reglamento (CE) 118/1997, de 2 de diciembre de 1996 (DOCE 30-1-1997).

⁵³ Sobre el régimen jurídico de este Convenio, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: *Las situaciones asimiladas...*, *ob. cit.*, págs. 298 y ss.

templar un Convenio Especial independiente del anterior. Quiere decirse con ello que, pese a ostentar un mismo *status* profesional, el funcionario o empleado residente en España se enfrenta ante la posibilidad de suscribir dos Convenios distintos con regímenes jurídicos prácticamente idénticos.

Así, ambos coinciden en que la condición de funcionario o empleado de organismo internacional intergubernamental se acreditará mediante certificación expedida por el organismo de que se trate, debidamente refrendada por el Ministerio de Asuntos Exteriores; en que el Convenio se suscribirá con la Tesorería General de la Seguridad Social; en que el titular del Convenio será considerado en situación asimilada al alta; en que los interesados vendrán obligados a abonar a su exclusivo cargo la cuota mensual que para cada ejercicio fije el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que para 1998 se establece en 11.553 pesetas; en que el pago de la misma se efectuará por mensualidades vencidas, dentro del mes natural siguiente al de su devengo; o, en fin, en que el Convenio se extinguirá por la falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades exigibles, por pasar el interesado a obtener derecho a la asistencia sanitaria, con carácter obligatorio, en cualquier Régimen de la Seguridad Social, por decisión voluntaria del interesado debidamente comunicada⁵⁴ y, por supuesto, por fallecimiento del mismo.

Aparte de que se cubre una prestación distinta, que será otorgada, tanto para el interesado como para sus familiares, en las condiciones y con la amplitud establecida para las mismas en el Régimen General de la Seguridad Social, el nuevo Convenio Especial tan sólo difiere del anterior en la fecha en que el mismo despliega sus efectos; frente al día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera solicitado (art. 2.2 OM de 14 de febrero de 1980), los efectos del Convenio que ahora se analiza nacerán a partir de la fecha de su suscripción (art. 3.1 Real Decreto 1658/1998).

54 En este caso, la extinción tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha de la comunicación escrita.