

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO DE LA NUEVA SOCIEDAD DEL RIESGO

Arántzazu Vicente Palacio

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación *con mención especial* por: don Juan Antonio SAGARDOY BENGOCHEA, doña Marta ALAMÁN CALABUIG, don José Antonio PANIZO ROBLES, don Abdón PEDRAJAS MORENO y doña Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO.

EXTRACTO

El Sistema de Seguridad Social español lleva años sujeto a un constante proceso de reforma que ha afectado profundamente a todas sus instituciones, en sentidos muy diferentes, de forma que si desde la perspectiva subjetiva parece que puede concluirse en una extensión de su ámbito de aplicación, desde la perspectiva objetiva la tendencia es claramente la contraria, no tanto en los riesgos protegidos –que se han visto ampliados socializándose así riesgos de carácter individual– cuanto en la intensidad de la protección dispensada que, por el contrario, ha iniciado un claro retroceso. El trabajo analiza dichos cambios en el contexto de la transformación de la sociedad industrial existente en el momento de implantación de los Sistemas de Seguridad Social centrandó el núcleo de la reflexión en el análisis de si el Sistema de Seguridad Social resultante de dichas reformas –y de las que se avecinan– va a poder cumplir efectivamente la función protectora que le es propia.

Palabras claves: reforma del Sistema de Seguridad Social, protección social, sociedad del riesgo y sociedad reflexiva, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012 / Fecha de revisión: 13-05-2013

SOCIAL SECURITY SYSTEM IN THE CONTEXT OF THE NEW SOCIETY OF RISK

Arántzazu Vicente Palacio

ABSTRACT

The Spanish Social Security system takes years subject to a constant process of reform that has deeply affected all its institutions, in very different ways: if from the subjective perspective seems to be concluded in an extension of its scope, in an objective perspective, the trend is clearly contrary not protected both risk –that have been extended well socialized risks of individual character– as in the intensity of the protection provided that, on the contrary, has initiated a clear setback. The paper analyzes these changes in the context of the transformation of existing industrial society at the time of implementation of social security systems focusing on core reflection in the analysis of whether the social security system resulting from these reforms –and those to come– will be able to effectively fulfill the protective function of its own.

Keywords: reform Social Security System, social protection, risk society and society reflexive, permanent disability, death and survival and retirement.

Sumario

- I. La Seguridad Social como mecanismo de protección frente a los riesgos de la sociedad industrial. La doctrina de la flexiseguridad en el contexto de la nueva sociedad del riesgo
- II. Una visión general del futuro del Sistema de Protección Social a la luz de su evolución histórica
 1. Tendencias en lo que se refiere al elemento subjetivo: la extensión subjetiva y la simplificación de la estructura del Sistema
 - a) La progresiva –y continuada– extensión del ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social
 - b) Homogenización de la acción protectora. Hacia la progresiva simplificación del Sistema de Seguridad Social: un final diferido en materia de cotización
 - c) La extensión subjetiva por la vía de la extensión objetiva del Sistema de Protección Social: el ámbito subjetivo de otras prestaciones del Sistema de Protección Social
 2. El elemento objetivo de la protección. La extensión objetiva del Sistema de Protección Social mediante la creación de nuevas ramas de protección. La coexistencia de una doble tendencia en lo que se refiere al Sistema de Seguridad Social: la cobertura de nuevos riesgos y el endurecimiento de los requisitos de acceso a determinadas prestaciones. La negativa asistencialización del Sistema
 - a) La prestación de incapacidad permanente: las modificaciones sobre las reglas para el cálculo de su cuantía
 - b) La protección por muerte y supervivencia. Modificaciones operadas sobre la protección de viudedad y orfandad
 - c) La protección por jubilación. La gran reformada en el Sistema de Seguridad Social
 - d) La protección por desempleo. Un largo camino en la asistencialización de la protección y la mutación del riesgo protegido
- III. A modo de brevísima conclusión: ¿puede realmente el Sistema de Seguridad Social operar como mecanismo de seguridad en el contexto de la flexiseguridad?

I. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS RIESGOS DE LA SOCIEDAD INDUSTRIAL. LA DOCTRINA DE LA FLEXISEGURIDAD EN EL CONTEXTO DE LA NUEVA SOCIEDAD DEL RIESGO

En los países occidentales con modelos económicos capitalistas, los Sistemas de Seguridad Social han acompañado a la sociedad industrial desde su mismo nacimiento. En lo que se refiere al modelo continental, primeramente a través de dispersos seguros sociales que, sobre la técnica jurídica del seguro, fueron protegiendo a los trabajadores de los nuevos riesgos vinculados a la sociedad industrial, riesgos que, no obstante, habían acechado al hombre desde su origen pero a quien la sociedad industrial –en la que el trabajo por cuenta ajena se convierte en la única fuente de subsistencia– dejaba en especial situación de debilidad. Con todo, dichos riesgos no eran producidos por la sociedad industrial, con la única salvedad de los accidentes de trabajo y cuya protección, precisamente, constituyó el origen de estos sistemas: la enfermedad, la incapacidad –ya fuera temporal, permanente o a causa de la vejez o edad–, y la muerte, son riesgos inherentes a la condición humana.

La sociedad industrial en su primera modernidad se caracterizó porque en su propio desarrollo arbitró los medios para hacer frente a los riesgos individuales y, en tanto lo relevante era la condición de trabajador, articuló los mecanismos reparadores en ese contexto y vinculado a esa condición laboral, en lo que a los modelos contributivos profesionales se refiere, convirtiendo dichos riesgos en sociales. De hecho, el trabajo o la actividad profesional determinaron subjetiva y objetivamente la creación y desarrollo de estos Sistemas de Seguridad Social:

- a) Subjetivamente, limitó su campo de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de la industria (sociedad industrial) y comercio y solo posteriormente extendió sus beneficios a otras actividades por cuenta ajena (trabajo en el mar,

La sociedad industrial en su primera modernidad se caracterizó porque en su propio desarrollo arbitró los medios para hacer frente a los riesgos individuales y, en tanto lo relevante era la condición de trabajador, articuló los mecanismos reparadores en ese contexto y vinculado a esa condición laboral. El trabajo o la actividad laboral determinaron subjetiva y objetivamente la creación y desarrollo de esos Sistemas de Seguridad Social

trabajo agrario, minería del carbón), a otras actividades de dudosa o cuestionada naturaleza jurídica (empleados de hogar, escritores de libros) o a trabajadores de empresas públicas (ferroviarios), para comprender también a los trabajadores por cuenta propia, en términos muy limitados objetivamente, puesto que la protección del colectivo de empleados públicos (funcionarios) ha seguido siempre un esquema diferente a la técnica del seguro, configurado sobre el Sistema de Clases Pasivas, de naturaleza presupuestaria, y acompañado de una protección de tipo mutualista (Mutualidades administrativas).

- b) Objetivamente, el trabajo también actuó como elemento delimitador de los riesgos protegidos, concretados en aquellos que tenían una vinculación directa con el trabajo, impidiendo su prestación y, sobre todo, privando al trabajador de su medio de subsistencia, dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo: su imposibilidad de realización temporal (incapacidad laboral transitoria, incluyendo la maternidad biológica), permanente (invalidez provisional), definitiva (muerte), por causas fisiológicas (vejez o jubilación), o su pérdida involuntaria por el trabajador (desempleo).

No es preciso ahora hacer referencia a la voluntad pacificadora del conflicto social que inspiraba la política reformista del canciller Bismarck y, por extensión, de todos los sistemas de seguros sociales nacidos en recepción del Código de Seguros Sociales alemán (1884), ni tampoco al importante papel que las compañías de seguros cumplieron en la difusión del papel del seguro en la protección de los riesgos sociales, buscando un negocio fructífero¹. Lo reseñable es que los seguros sociales –y, posteriormente, los Sistemas de Seguridad Social– se desarrollaron parejamente con la sociedad industrial y con el Derecho del Trabajo creando un ordenamiento jurídico propio de esa nueva modernidad y que respondía, con sus condicionantes, limitaciones y evoluciones, fielmente a la protección del paradigma de trabajador de dicha sociedad. La sociedad industrial de la primera modernidad estaba dominada por la carencia o escasez material, y la realización de la sociedad industrial a través del trabajo era vista como la vía para su superación, a lo que sin duda contribuyeron en gran medida los sistemas de seguros sociales y de Seguridad Social, y el propio Estado del Bienestar del que esta

Los seguros sociales –y, posteriormente, los Sistemas de Seguridad Social– se desarrollaron parejamente con la sociedad industrial y con el Derecho del Trabajo creando un ordenamiento jurídico propio de esa nueva modernidad y que respondía, con sus condicionantes, limitaciones y evoluciones, fielmente a la protección del paradigma de trabajador de dicha sociedad

¹ Sobre el particular, y en lo que se refiere a España, es imprescindible la obra de Feliciano MONTERO GARCÍA; Jose-fina CUESTA BUSTILLO y Mercedes SAMANIEGO BONEU: *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, III volúmenes, 1988.

Pero la sociedad ha cambiado y, aunque sigue expuesta a esos mismos riesgos, han aparecido otros que, en unos casos, afectan a aspectos o dimensiones ajenos a su condición laboral –situación personal y/o familiar– y, en otros, y fruto de la evolución de la sociedad hacia una «sociedad reflexiva» (BECK) –segunda modernidad–, vienen creados directamente por la propia sociedad industrial

constituye expresión fundamental. Pero la sociedad ha cambiado y aunque desde luego sigue todavía expuesta a esos mismos riesgos, han aparecido otros. En unos casos, se trata de riesgos cuya incidencia ya no se limita exclusivamente a la «capacidad» del trabajador para asumir el contenido de su prestación laboral, sino en otros aspectos o dimensiones ajenas a su condición laboral, en su situación personal y/o familiar; y en otros casos, y fruto de la evolución de la sociedad hacia una «sociedad reflexiva» (BECK)² fruto de la segunda modernidad, se trata de riesgos creados directamente por la propia sociedad industrial.

Entre los primeros cabe señalar la configura-

ración de la prestación económica por maternidad, comprendiendo la maternidad por adopción o acogimiento, en la que lo relevante ya no es la imposibilidad física de la madre parturienta para trabajar a consecuencia del parto, sino la necesidad de atención del menor, una vez producida la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo. Pero no solo esta: la prestación de paternidad constituye una prestación adicional que no se configura ni para cubrir una incapacidad para desarrollar la actividad profesional ni tampoco para atender al menor, sino para implicar al otro progenitor en el cuidado y atención del menor contribuyendo a un mejor reparto de las cargas familiares. Tampoco la prestación económica para el cuidado de hijos menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave (Ley 39/2010) atiende a la pérdida de capacidad de trabajo sino a la necesidad de atender las responsabilidades familiares en casos especialmente graves, permitiendo la compatibilización de las obligaciones laborales con las obligaciones familiares. En todas estas circunstancias se produce una revalorización de la condición personal y/o familiar del trabajador desde la perspectiva de la protección social, socializando el riesgo. Entre los segundos, la prestación económica de riesgo durante el embarazo y la lactancia aparecen directamente vinculadas a la relación laboral pues es esta la causante de estos riesgos profesionales; pero de manera más clara, el riesgo de pérdida de empleo aparece pau-

En la configuración de las prestaciones económicas por maternidad, por paternidad y para el cuidado de hijos menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave, se produce una revalorización de la condición personal y/o familiar del trabajador desde la perspectiva de la protección social, socializando el riesgo

² BECK, U.: «Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización», Barcelona: Paidós, 2000.

latinamente con una nueva configuración, en el contexto de las nuevas tendencias de la flexiseguridad que muestran así su clara vinculación con la segunda modernidad. El desempleo en la primera modernidad es el riesgo de la pérdida del empleo en una sociedad de pleno empleo estructurada sobre la base de la técnica del seguro. Es una patología: el trabajo estructura todo el esquema de la sociedad industrial y su pérdida se considera una anormalidad en la promesa de felicidad que del trabajo como forma de superación de la carestía se deriva. En las nuevas regulaciones, el desempleo mantiene en parte todavía esa misma configuración (jurídicamente continúa estructurado sobre la técnica del seguro, aunque fuertemente asistencializado) pero, paralelamente, aparece otra finalidad y funcionalidad: la pérdida del empleo ya

no es una patología: es un riesgo propio de la nueva sociedad que en su desarrollo (globalización, deslocalización; descentralización; crisis económicas) ya no es capaz de asegurar el empleo. Como la nueva sociedad industrial precisa un alto grado de flexibilidad (que es potenciado por el propio ordenamiento jurídico, mediante reformas flexibilizadoras) que exige del trabajador la capacidad de adaptación, el concepto de «empleabilidad» es esencial: la prestación económica de desempleo se configura para asegurar esa «empleabilidad» del trabajador que a veces tiene trabajo y otras no lo tiene y en este caso debe mejorar sus posibilidades de encontrar un nuevo trabajo mediante la formación y la adquisición de los nuevos conocimientos, habilidades o competencias que pueda demandarle la nueva sociedad siempre en vertiginoso cambio. La «sociedad del conocimiento» (BELL), como fue caracterizada también la nueva sociedad, precisa que el trabajador recicle constantemente su formación a fin de poder ser reabsorbido por un mercado de trabajo en el que es necesario estar constantemente actualizado. El desempleo aparece (aparentemente) así como una «oportunidad» para mejorar esa empleabilidad y a ese fin se va a condicionar –por lo menos parcialmente– el derecho a la prestación por desempleo, que empieza a mudar de naturaleza jurídica. Pero no solo la protección por desempleo: la propia regulación de la jubilación ha tenido que hacer frente a la imposibilidad de asegurar el empleo y mientras en los inicios de los Sistemas de Seguridad Social la jubilación anticipada se contemplaba únicamente como un mecanismo para garantizar los derechos adquiridos de los trabajadores (por tanto, como conservación de derechos derivados de la legislación anterior) (disp. trans. tercera.3 LGSS), en la actualidad la jubilación anticipada se prevé también como una salida de la situación de desempleo, cuando se reúnen determinados requisitos de cotización y ante la práctica imposibilidad de encontrar empleo para los mayores de 61 años, además del subsidio de desempleo de prejubilación para mayores de 55 años.

El riesgo de pérdida de empleo aparece paulatinamente con una nueva configuración, en el contexto de las nuevas tendencias de la flexiseguridad que muestran clara vinculación con la segunda modernidad. La nueva sociedad industrial precisa un alto grado de flexibilidad que exige del trabajador la capacidad de adaptación y el reciclaje constante de su formación a tal fin. El concepto de «empleabilidad» es esencial: la prestación económica de desempleo se configura para asegurar esa empleabilidad

Esta tendencia se aprecia con bastante claridad en los fundamentos de la doctrina de la flexiseguridad que considera que las políticas activas del mercado laboral eficaces deben ayudar a las personas a afrontar cambios rápidos, reduciendo los periodos de desempleo y facilitando las transiciones hacia nuevos puestos de trabajo, siempre en una progresión ascendente de desarrollo óptimo del talento. En este contexto, la doctrina de la flexiseguridad considera imprescindibles las medidas de apoyo a la formación permanente y una adecuada política activa de empleo acompañada de una política de protección de desempleo que no desincentive la aceptación de un empleo³. A este mismo aprendizaje permanente, como componente esencial de la flexiseguridad «que permite a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas», se refieren otros documentos básicos de la doctrina de la flexiseguridad⁴, en tanto la flexiseguridad supone la existencia de unos nuevos ciclos vitales en los que el cambio en el empleo ya no se considera una patología sino algo normal en el contexto de la necesaria flexibilidad de la gestión de la mano de obra. Y más recientemente, la propia estrategia europea desarrollada a raíz de la crisis económica y financiera iniciada en 2007 insiste en la necesidad de estrategias de formación y aprendizaje que acompañen al trabajador a lo largo de su vida, en todos los ciclos vitales que ya no se anudan a la clásica estructura de educación, trabajo y ocio (retiro) sino que dichos ciclos ahora son variables, en los que la entrada y salida del mercado de trabajo puede ser permanente siempre y cuando el trabajador cuente con vías de aprendizaje y formación que le permitan mantener su capacidad para la ocupación⁵. Pues bien, como luego se expondrá, la reforma de la protección por desempleo llevada a cabo en nuestro país desde el año 2001 ejecuta o cumple de manera bastante ortodoxa esta filosofía comunitaria: protección por desempleo inicialmente vinculada a la pérdida del empleo previo dentro de la lógica aseguradora pero condicionado cada vez más a elementos ajenos a dicha lógica y más convergentes con la denominada «mejora de la empleabilidad» del trabajador. Esto no obsta para que, sin embargo, la llegada de la crisis económica y el incremento exponencial del desempleo haya puesto de manifiesto la falacia de la doctrina de la flexiseguridad: la incapacidad de llevar a cabo políticas activas de empleo eficaces más allá de grandilocuentes declaraciones o medidas muy limitadas objetiva y subjetivamente (RDL 4/2013, de 22 de febrero) y la reducción de los mecanismos públicos de protección contra el desempleo mediante la reducción de la tasa de la reposición de las nuevas prestaciones por desempleo (RDL 20/2012, de 13 de julio) a partir del séptimo mes y el endurecimiento del acceso al subsidio asistencial de desempleo de prejubilación con la elevación a los 55 años de la edad de acceso y los nuevos requisitos de cómputo de las rentas considerando las rentas de la unidad familiar.

³ Todo lo anterior, extraído de: Comisión Europea: «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», COM (2007), 359 final.

⁴ Comisión Europea: «Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006), 708 final.

⁵ Comisión Europea: «Comunicación de la Comisión. Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010), 2020 final.

La consideración del trabajador desde la protección de la Seguridad Social en su dimensión más personal o familiar en lo que conecta con su condición de trabajador es una manifestación de un fenómeno más general de extensión del ámbito de la protección pública hacia situaciones de necesidad no limitadas exclusivamente a la condición profesional del ciudadano

Desde otra perspectiva, la señalada consideración del trabajador desde la protección de la Seguridad Social en su dimensión más personal o familiar en lo que conecta con su condición de trabajador es una manifestación de un fenómeno más general de extensión del ámbito de la protección pública hacia situaciones de necesidad no limitadas exclusivamente a la condición profesional del ciudadano. Si en el pasado la opción del legislador por el sistema de protección social se articuló a través de los modelos de Seguridad Social de tipo profesional, pues el trabajo era la base de la sociedad y su privación,

imposibilidad de prestación o pérdida determinaba la pérdida del sustento del trabajador y de su familia dependiente económicamente de él, en el desarrollo de la sociedad industrial han aparecido nuevos mecanismos de protección social tendentes a suplir las lagunas de estos sistemas de tipo contributivo a través de técnicas asistenciales, articuladas bien a través de servicios públicos de carácter universal o prácticamente universal, configuradoras de auténticos derechos subjetivos de ciudadanía, o a través de prestaciones de carácter asistencial, de variada tipología.

Por lo que se refiere a las primeras, la creación de Sistemas Nacionales de asistencia sanitaria y de Protección de la Dependencia han constituido su paradigma: la asistencia sanitaria se autonomizó completamente del Sistema de Seguridad Social, con la única salvedad de la derivada de contingencias o riesgos profesionales (art. 86.2 LGSS), aunque en la actualidad ha resucitado la condición de «asegurado» como título jurídico habilitante para el acceso a la misma, condición que está vinculada a la condición profesional del ciudadano. Por lo que se refiere a las segundas, el establecimiento de prestaciones no contributivas en el Sistema de Seguridad Social y la implementación por parte de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) de prestaciones económicas asistenciales (subsidios de ingresos mínimos; rentas garantizadas de ciudadanía) suponen una revalorización de la condición de ciudadano frente a la condición de «trabajador», única relevante con anterioridad. Con todo, aunque sea por exclusión o en términos negativos, la condición de trabajador continúa desplegando una importancia decisiva, en lo que demuestra una permanencia todavía de la estructura de la sociedad configurada sobre el trabajo como definitivo de la sociedad industrial que, aunque en una segunda modernidad, subsiste, si bien con algún viso de evolución: así, las prestaciones no contributivas exigen la concurrencia de la situación de necesidad protegida (invalidez, jubilación o hijos a cargo) pero presuponen, y de hecho exigen, que el beneficiario no tenga derecho a otras prestaciones de Seguridad Social. Las prestaciones asistenciales autonómicas señaladas exigen también que no se supere un determinado nivel de ingresos pero, sobre todo, exigen a la unidad familiar de convivencia beneficiaria de la prestación la realización de acciones tendentes a la inserción social y también, y fundamentalmente, laboral

de sus beneficiarios. Se pretende así recoger a través de prestaciones asistenciales supuestos de «exclusión social», personas que han quedado al margen de los niveles de protección articulados a través de la Seguridad Social de tipo contributivo.

En definitiva, los sistemas de protección social han tenido que ir arbitrando prestaciones para hacer frente a nuevas situaciones de necesidad que vienen en muchos casos determinadas o agravadas por otro fenómeno característico de la segunda modernidad, que es la «individualización», entendida como la pérdida de referentes de clase, familia y entorno (vecindad) del trabajador que, desde la perspectiva de la protección social, obliga a arbitrar mecanismos para hacer frente a las posibles necesidades en un entorno en el que se han perdido los tradicionales colchones de amortiguación de las necesidades sociales. Además, han aparecido nuevas situaciones de riesgo producidas por la evolución de la sociedad: por un lado, ha habido que dar salida dentro de la lógica del Sistema de Seguridad social a las nuevas formas de relaciones de pareja, no solo en lo que se refiere al reconocimiento de nuevas formas de unión convivencial o nuevos sistemas de relaciones

de pareja, sino también nuevas realidades familiares derivadas de la constitución de grupos familiares cada vez más reducidos, en comparación con el modelo de familia característico de la primera sociedad industrial: la familia nuclear. La segunda modernidad presenta nuevas formas familiares, bien por elección, bien consecuencia de la ruptura de relaciones de pareja anteriores, lo que obliga a dar tratamiento legal a la situación de los «ex» desde el punto de vista de los derechos en materia de Seguridad Social y cuestiones conexas, comprendiendo la nueva situación de las familias monoparentales.

Han aparecido nuevas situaciones de riesgo producidas por la evolución de la sociedad. Por un lado, ha habido que dar salida dentro de la lógica del Sistema de Seguridad social a las nuevas formas de relaciones de pareja, no solo en lo que se refiere al reconocimiento de nuevas formas de unión convivencial o nuevos sistemas de relaciones de pareja, sino también nuevas realidades familiares derivadas de la constitución de grupos familiares cada vez más reducidos, en comparación con el modelo de familia característico de la primera sociedad industrial: la familia nuclear

Los sistemas de protección social han tenido que ir arbitrando prestaciones para hacer frente a nuevas situaciones de necesidad que vienen en muchos casos determinadas o agravadas por otro fenómeno característico de la segunda modernidad: la «individualización»

Pero no solo esto: la individualización característica de la segunda modernidad hace emerger una nueva necesidad, cuya atención antes era resuelta en el seno de la unidad familiar: la existencia de per-

sonas dependientes que precisan de cuidados que ya no pueden ser dispensados en la unidad familiar, bien directamente por la inexistencia de esa unidad familiar, consecuencia de la individualización, bien porque los miembros de esa unidad familiar están incorporados en términos de igualdad al mercado de trabajo.

La individualización característica de la segunda modernidad hace emerger una nueva necesidad cuya atención antes era resuelta en el seno de la unidad familiar: la existencia de personas dependientes

II. UNA VISIÓN GENERAL DEL FUTURO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA LUZ DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El concepto de Seguridad Social ha quedado superado por un concepto mucho más amplio, omnicompreensivo de todas las medidas arbitradas por los distintos poderes públicos para hacer frente a situaciones de necesidad, como es el concepto de Protección Social

El sistema de Protección Social español ha sufrido una gran evolución. Esta afirmación, que es válida desde luego predicada respecto de la que constituye el origen de todo nuestro Sistema de Seguridad Social actual, la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 y su [Texto Articulado aprobado por la Ley de 21 de abril de 1966](#), es también igualmente cierta si atendemos a un periodo mucho más reciente, que podría alcanzar los últimos 35 años si tomamos como referencia la primera gran norma de reforma de las

pensiones, la [Ley 26/1985, de 31 de julio](#). La modificación ha alcanzado incluso al propio concepto que se utiliza para designar el conjunto de medidas arbitradas para hacer frente a las necesidades sociales: el concepto de Seguridad Social ha quedado superado por un concepto mucho más amplio, omnicompreensivo de todas las medidas arbitradas por los distintos poderes públicos para hacer frente a las situaciones de necesidad, como es el concepto de Protección Social, en cuyo nacimiento, desde luego, ha tenido un importante influencia la actual organización territorial del Estado articulada a través del título VIII de la CE y la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. llevada a cabo por los artículos 148 y 149 de la CE. En este sentido, no sería erróneo ubicar en el propio texto constitucional el origen de la evolución del Sistema de Protección Social y no tanto por la configuración que del derecho a la Seguridad Social conforma en su artículo 41 cuanto por la segmentación competencial entre el Estado y las CC.AA. de las distintas materias: la seguridad social, la asistencia sanitaria, la asistencia social y los servicios sociales. La configuración de la asistencia sanitaria como una prestación con fundamento constitucional propio y diferente de la seguridad social (art. 43 CE) y la atribución de esta materia entre las competencias asumibles por las CC.AA. (art. 148 CE) determinaron, como es sabido, la completa autonomía de esta prestación respecto de la Seguridad Social, tradicionalmente incluida en su ámbito de aplicación y ahora totalmente a cargo de las CC.AA. incluso en lo que se refiere a la financiación, con la única salvedad de la asistencia sanitaria derivada de

No sería erróneo ubicar en el propio texto constitucional el origen de la evolución del Sistema de Protección Social y no tanto por la configuración que del derecho a la Seguridad Social conforma en su artículo 41 cuanto por la segmentación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas de las distintas materias: la seguridad social, la asistencia sanitaria, la asistencia social y los servicios sociales

la mujer al trabajo, la aparición de nuevos riesgos sociales, la laboralización de muchas profesiones antes excluidas de las notas de dependencia y ajenidad características del contrato de trabajo, el descenso de la natalidad y la prolongación de la esperanza de vida. Entre las segundas, el impacto económico que estas dos últimas circunstancias señaladas tiene sobre los sistemas de reparto, unido a las distintas crisis de empleo, determinantes de un importante incremento del coste en prestaciones de desempleo, y a la pérdida de recaudación que implica en los sistemas de tipo contributivo.

Por otro lado, no puede dejar de señalarse el origen consensuado o concertado de buena parte de las reformas en materia de Seguridad Social, lo que ha permitido no solo sustraer de la contienda electoral y del conflicto social el debate acerca de la reforma del Sistema, sino sobre todo, y especialmente, dotar al proceso de reforma de una coherencia y continuidad que, posiblemente, no hubiera podido alcanzarse de otra forma. Así, desde la firma del Pacto de Toledo (1995), se han alcanzado un importante número de acuerdos tanto en sede parlamentaria como en sede social⁶, que han permitido diseñar con un cierto grado de consenso el proceso de reforma del Sistema de Seguridad Social. Con todo, este proceso de concertación se ha limitado, no obstante, fundamentalmente a la reforma del sistema de pensiones pero no ha impedido la existencia de conflictos sociales o desencuentros políticos en otros aspectos del Sistema de Seguridad Social (desempleo) o del Sistema de Protección Social (asistencia sanitaria y protección de la dependencia). A la necesariamente somera exposición de las líneas generales que han caracterizado la evolución del Sistema de Seguridad Social de los últimos años se dedican los epígrafes siguientes.

contingencias profesionales. Por otro lado, la atribución de competencias en materia de asistencia social y servicios sociales también determinó en su momento una importante actividad normativa de estas, estableciendo prestaciones de carácter asistencial, configurando así un nuevo marco público de protección de necesidades sociales.

Con ser importante lo anterior, especialmente en la transición del Sistema de Seguridad Social al actual Sistema de Protección Social, otras muchas causas explican la evolución del Sistema de Seguridad Social: sociológicas y económico-financieras. Entre las primeras, la incorporación de

⁶ Resolución de 6 de abril de 1995 del Congreso de los Diputados por el que se aprueba el Pacto de Toledo (BOCG de 12 de abril de 1995, serie E, núm. 134); Resolución de 2 de octubre de 2003, del Congreso de los Diputados, aprobando la renovación del Pacto de Toledo (BOCG de 2 de octubre de 2003, serie D, núm. 596); Acuerdo de Reforma del Sistema de las Pensiones de 9 de abril de 2001 (acuerdo social con exclusión de UGT); Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006; Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011.

1. TENDENCIAS EN LO QUE SE REFIERE AL ELEMENTO SUBJETIVO: LA EXTENSIÓN SUBJETIVA Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA

Si atendemos al campo de aplicación personal o subjetivo del Sistema de Seguridad Social, claramente cabe identificar tres líneas de tendencia en su evolución: en primer lugar, una progresiva extensión de su ámbito de aplicación, comprendiendo cada vez más sujetos que, con anterioridad, estaban excluidos del mismo, bien aplicando la misma lógica contributiva bien aplicando otra lógica –no contributiva–, e incluso en algunos casos superando las reglas clásicas de profesionalidad y territorialidad que definen la aplicación del Sistema de Seguridad Social. En segundo lugar, la simplificación de la estructura del sistema, en una tendencia a suprimir los distintos regímenes especiales, afectando incluso a los regímenes especiales externos, como es el sistema de clases pasivas. Y, finalmente, la extensión subjetiva de la protección social pública derivada de la vía de la configuración de nuevas prestaciones de protección social.

a) La progresiva –y continuada– extensión del ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social

Subjetivamente, no cabe duda de que en el Sistema español de Seguridad Social se ha operado una extensión importante cualquiera que sea la fecha que tomemos como referencia en este juicio comparativo. Esta conclusión es incuestionable si, desde luego, atendemos a los sujetos comprendidos en el momento de inicio del actual Sistema de Seguridad Social (1-1-1967) pero también en cualquier otra fecha posterior. De hecho, una característica indiscutible del Sistema de Seguridad Social español ha sido la extensión de su ámbito de aplicación de tal forma que, parejamente a las reformas restrictivas llevadas a cabo sobre el elemento objetivo de la protección, la tendencia en el aspecto subjetivo ha ido dirigida en sentido contrario, incluyendo en su ámbito de protección cada vez más colectivos, bien con carácter obligatorio (lo más habitual, dada la nota de obligatoriedad característica de los Sistemas de Seguridad Social) bien en algunos casos con carácter más o menos voluntario permitiendo la inclusión a sujetos que, según las normas clásicas de territorialidad y/o profesionalidad, no reunirían los requisitos para pertenecer al mismo.

Los ejemplos son numerosos y no todos responden, desde luego, a la misma lógica.

Así, en primer lugar, la creación de un nivel no contributivo de prestaciones operado por la Ley 26/1990, de 20 de di-

Característica indiscutible del Sistema de Seguridad Social español ha sido la extensión de su ámbito de aplicación de tal forma que, parejamente a las reformas restrictivas llevadas a cabo sobre el elemento objetivo de la protección, la tendencia en el aspecto subjetivo ha ido dirigida en sentido contrario. Los ejemplos son numerosos y no todos responden a la misma lógica

ciembre, constituye sin duda un paso de gigante en la extensión subjetiva del Sistema de Seguridad Social aunque no tanto por la extensión efectiva en términos cuantitativos de la protección social cuanto porque constituye la primera quiebra del elemento contributivo profesional que venía caracterizando nuestro Sistema desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. El reconocimiento legal, en desarrollo del mandato constitucional del artículo 41 de la **CE**, de la posibilidad de obtener prestaciones de Seguridad Social estrictamente sobre el título jurídico de ciudadanía y con base en situaciones de necesidad que, aunque limitadas objetivamente, atienden a la efectiva carencia de recursos constituye un paso fundamental al mudar nuestro Sistema de Seguridad Social de un modelo estrictamente contributivo a un modelo mixto. Con todo, el nivel de protección es todavía escaso tanto cuantitativamente como en el ámbito de las necesidades cubiertas, pues 23 años después de la implantación del nivel no contributivo de prestaciones no se ha avanzado en una profundización de este nivel de protección.

Por otro lado, y ya respecto del nivel contributivo de prestaciones, tampoco las distintas modificaciones han respondido a una misma lógica. Así, mientras algunas de estas extensiones tuvieron por finalidad la recepción en el Sistema de Seguridad Social de sujetos hasta entonces excluidos de la protección, en una generalización de la protección dispensada por el nivel contributivo, en otros casos la extensión respondió más bien a la finalidad de reconducir al sistema a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que habían estado disfrutando de mecanismos de protección social alternativos sustitutorios, claramente privilegiados respecto de la protección dispensada por el Sistema (público) de Seguridad Social. Los ejemplos son numerosos: entre los primeros, y aparte por supuesto de la propia creación de los regímenes especiales como mecanismo para la generalización de unos beneficios creados originariamente para los trabajadores por cuenta ajena de la industria y comercio y, en su caso, su posterior integración como luego se señalará, merece señalarse la modificación operada sobre la **Ley 30/1995, de 8 de noviembre**, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, en orden a incluir en el ámbito de aplicación del sistema a los profesionales colegiados suprimiendo el requisito de la opción colectiva y obligando (disp. adic. 15.^a **LOSSP**) a que, bien mediante su inclusión en el Sistema de Seguridad Social a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, bien mediante su inclusión en una Mutualidad (obligatoria) queden comprendidos bajo algún mecanismo de protección aunque con preferencia de la primera sobre la segunda⁷. Pero no solo: la inclusión en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA) del Cuerpo Único de Notarios y Registradores de la Propiedad (**Ley 55/1999, de 29 de diciembre**; **RD 1505/2003, de 28 de noviembre**); la de los deportistas profesionales, tanto por cuenta ajena (en virtud originariamente de normas dispersas y finalmente de forma unitaria por el **RD 287/2003, de 3 de marzo**), como por cuenta propia a través de la figura del «deportista de alto nivel», en este caso con la particularidad de su voluntariedad mediante la suscripción de convenio especial (art. 13 **RD 971/2007, de 13 de julio**).

⁷ Expresamente se incluye también en la aplicación de la disposición adicional 15.^a de la **LOSSP** a los abogados que ejerzan la profesión como socios en régimen de asociación bajo cualquiera de las modalidades a que se refiere el artículo 28 de su Estatuto General (aprobado por **RD 658/2001, de 22 de junio**) por la disposición adicional 70.^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

Por otro lado, la creación de algunas relaciones laborales especiales o estatutos jurídicos específicos o, incluso, simplemente el cambio en la naturaleza jurídica de la prestación de servicios ha determinado la extensión respectiva de los beneficios del Sistema de Seguridad Social: así, los reclusos que realizan trabajos penitenciarios retribuidos ([RD 782/2001, de 6 de julio](#)); la de los abogados que ejercen por cuenta ajena para un despacho de abogados, individual o colectivo, bajo la dirección de su titular ([Ley 22/2005, de 18 de noviembre](#)); el personal investigador en formación durante los dos años iniciales de beca (pues durante los otros dos está vinculado con un contrato en prácticas) ([RD 63/2006, de 27 de enero](#)); la inclusión de los ministros de culto de las distintas confesiones religiosas reconocidas en España⁸; los profesores asociados y visitantes de cuerpos docentes universitarios, antes excluidos por la naturaleza administrativa de su relación ([LO 6/2001, de 21 diciembre](#)); la de los cargos electos de las corporaciones locales que desempeñan su función con dedicación exclusiva o parcial percibiendo una retribución ([Ley 7/1985, de 2 de abril](#)) y los altos cargos de las Administraciones públicas que no sean funcionarios ([Ley 30/1984, de 2 de agosto](#), ambas complementadas para extender la protección por desempleo por la [Ley 37/2006, de 7 de diciembre](#)); los cargos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la [LO 11/1985, de 2 de agosto](#), de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución ([Ley 37/2006, de 7 de diciembre](#)), entre otros. Entre los segundos: los numerosos supuestos de entidades de previsión sustitutorias que han sido objeto de integración en el Régimen General⁹.

Peculiar ha sido la inclusión en el Sistema de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia que, pese a la falta de laboralidad de su prestación de servicios, quedaron obligatoriamente incluidas, mediante la suscripción de convenio especial, en el Régimen General, a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia ([Ley 39/2006, de 14 de diciembre](#) y [RD 615/2007, de 11 de mayo](#)) si bien la crisis económica ha determinado su conversión en voluntaria¹⁰. Lo peculiar de esta inclusión es que estamos ante una actividad en la que no concurren ni los elementos definitorios de la

⁸ Clérigos de la Iglesia Católica ([RD 2398/1977, de 27 de agosto](#); OM de 19 de diciembre de 1997; completados por los fundamentales [RD 487/1998, de 27 de marzo](#) y [RD 2665/1998, de 11 de diciembre](#), sobre reconocimiento de cotizados a la Seguridad Social de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los secularizados); Ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España ([RD 369/1999, de 5 de marzo](#), y [Ley 24/1992, de 10 de noviembre](#)); Rabinos de la Federación de Comunidades Israelitas de España ([Ley 25/1992, de 10 de noviembre](#)); Dirigentes islámicos e Imanes de las comunidades islámicas ([Ley 26/1992, de 10 de noviembre](#)).

⁹ Entre otras, personal activo y pasivo de la Mutualidad de Previsión ([RD 1220/1984, de 20 de junio](#)); personal activo y pasivo de Tabacalera, SA y de la Caja de Pensiones de Tabacalera (Ordenes de 29 y 31 de julio de 1987); activos y pasivos integrados en Caja de previsión de la Organización Nacional de Ciegos (Orden de 25 de marzo de 1991); personal activo y pasivo integrado en la Institución Telefónica de Previsión (Orden de 30 de diciembre de 1991); personal activo y pasivo de la Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana en España y de su Consejo Superior (Orden de 20 de abril de 1990).

¹⁰ El [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad ha suprimido la obligatoriedad de este convenio especial a partir del 1 de enero de 2013, dejando su suscripción a la voluntad del cuidador e imputándole su coste íntegro al cuidador suprimiendo así la aportación pública en la financiación de este convenio especial.

laboralidad que determinan la consideración de trabajador por cuenta ajena y, por tanto, su reconducción al Régimen General, ni tampoco propiamente ante una actividad por cuenta propia, con lo que supone, casi por primera vez, la aplicación de la normativa de Seguridad Social ausente la nota de la «profesionalidad» que define su propio ámbito de aplicación. Con todo, esta profesionalidad está simplemente matizada pues aunque efectivamente no nos hallamos ante una relación laboral, el abono de la prestación para cuidados en el ámbito del entorno familiar prevista en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (art. 18) le acerca a esta pues, en definitiva, constituye la monetización de un servicio público de obligada dispensación para los poderes públicos que se traslada, por diversas razones y según la norma con carácter de excepcionalidad, al ámbito del entorno familiar. El hecho de que razones económicas y presupuestarias hayan determinado la supresión de su obligatoriedad y de su financiación pública no contradice la conclusión anterior pues son razones coyunturales –y cuestionables– de recorte del gasto público lo que han determinado la no financiación pública de este convenio especial. De hecho, no puede dejar de valorarse muy positivamente y desde una perspectiva de género puesto que, fundamentalmente, estas actividades de cuidados a personas dependientes se vienen realizando por mujeres, el hecho de que la realización de actividades fuera del estricto ámbito de lo que se viene entendiendo como productivo y que redundan en beneficio de la comunidad sean objeto de consideración por los sistemas de protección social otorgándoles relevancia económica tanto presente como futura, y se trata de un cambio que encaja muy bien en el paradigma de una nueva modernidad que quiere revalorizar el trabajo no lucrativo, fuera del mercado de trabajo. En esta misma línea de revalorización del trabajo «no productivo» cabe enmarcar otras medidas adoptadas en el ámbito del Sistema de Seguridad Social tales como la consideración como cotizados de determinados periodos dedicados al cuidado de hijos u otros familiares (art. 180 LGSS recientemente reformado por la Ley 27/2011); la consideración como cotizado de determinado periodo por parto previsto en la disposición adicional 44.^a de la LGSS a efectos de la pensiones de jubilación e incapacidad permanente, o los previstos en la nueva disposición adicional 60.^a de la LGSS introducida por la Ley 27/2011.

También supone un apartamiento de los principios clásicos sobre los que se asienta el Sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo la extensión de la acción protectora del Sistema a los ciudadanos en el exterior, en este caso mediante una clara atenuación del requisito de territorialidad que inspira los ordenamientos de Seguridad Social. En este supuesto, no obstante, la mayor extensión se ha producido sobre las ramas del sistema de protección social diferentes a la Seguridad Social contributiva, concretamente sobre las prestaciones asistenciales –lo que sería

También supone un apartamiento de los principios clásicos sobre los que se asienta el Sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo la extensión de la acción protectora del Sistema a los ciudadanos en el exterior, en este caso mediante una clara atenuación del requisito de territorialidad que inspira los ordenamientos de Seguridad Social

el trasunto de las prestaciones no contributivas para estos ciudadanos–, la asistencia sanitaria y la protección de los servicios sociales¹¹ pues en el nivel contributivo la aplicación a los ciudadanos españoles en el exterior continúa apegada a las reglas clásicas del derecho internacional coordinatorio: la aplicación del principio de igualdad de trabajo respecto de los nacionales del país de acogida; y el establecimiento de mecanismos para asegurar el mantenimiento de derechos adquiridos y en curso de adquisición, lo que se traduce en la suscripción de acuerdos y convenios internacionales sobre la materia (*vid.* art. 18 [Ley 40/2006, de 14 de diciembre](#), del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior). Sin embargo, y como particularidad que, en definitiva, constituye una extensión del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social a ciudadanos españoles residentes en el exterior –y, por tanto, la superación de la clásica regla de la territorialidad– se contempla una nueva posibilidad de inclusión en el Sistema español de Seguridad Social a través de la suscripción de convenio especial para la cobertura de la contingencia de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de cualquier contingencia ([RD 996/1986, de 25 de abril](#), modificado por [RD 1203/2003, de 19 de septiembre](#), y art. 15 [Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre](#)). Lo particular de esta modalidad de convenio especial es que permite al emigrante español que trabaja en el extranjero pertenecer al nivel contributivo del Sistema español de Seguridad Social, incluso aunque no hubiera estado afiliado con anterioridad a la Seguridad Social por lo que el convenio especial en este supuesto excede de lo que es su función habitual de asegurar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición.

Pero incluso en la propia regulación de la institución del convenio especial se apreció en el pasado una tendencia flexibilizadora, en orden a facilitar su suscripción, en lo que puede entenderse, en definitiva, como una extensión del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social si bien recientemente se ha operado una nueva restricción en su régimen jurídico aunque en términos más flexibles que en la redacción originaria. Tras la reforma operada en esta materia por la [Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre](#), se atenuaron considerablemente los requisitos que permiten la suscripción de convenio especial y aunque en general, y por lo que se refiere al supuesto general, continúa exigiéndose la vinculación previa con el Sistema pues, en definitiva, es un mecanismo previsto fundamentalmente para la conservación de derechos en curso de adquisición, el hecho de que se suprimiera el plazo para su suscripción desde el cese en la actividad laboral [en la regulación anterior (Orden de 18 de julio de 1991) este plazo improrrogable era de 90 días] e, igualmente, la atenuación del requisito de carencia exigido al ampliarse el periodo de referencia para su cómputo (en la actualidad, 1.080 días dentro de los 12 años anteriores frente a la regulación anterior de 1.080 días dentro de los 7 años anteriores) podían ser entendidas como una forma indirecta de extender el ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social si bien de forma voluntaria. No obstante, se ha vuelto a restablecer ([Orden TIN/3356/2011, de 30 de noviembre](#)) un plazo máximo (un año) para la suscripción de este convenio especial, siguiendo el

¹¹ No obstante, hay que señalar la fuerte incidencia que en esta materia está teniendo la actual crisis económica y financiera. Además de las ayudas estatales, que se han visto fuertemente recortadas en sus consignaciones presupuestarias, las ayudas autonómicas –en algunas CC.AA. con una importante dotación presupuestaria– se han visto reducidas drásticamente, hasta en un 75% del total consignado en años previos a la crisis.

mandato recogido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. La misma [Ley 27/2011](#), por otro lado, habilita al Gobierno para la regulación reglamentaria de dos nuevas modalidades de convenio especial, que refuerzan lo aquí señalado: por un lado, un convenio especial para los españoles que sin haber estado integrados previamente en el Sistema de Seguridad Social participen en el extranjero en programas formativos o de investigación sin establecer relación laboral; y, en segundo lugar, el convenio especial que puedan suscribir las personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral para la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia (disp. adic. segunda.3 Ley 27/2011, desarrollada por [RD 156/2013, de 1 de marzo](#)).

Desde otra perspectiva, y aunque en este caso la finalidad de la regulación no haya sido tal sino recepcionar por un lado¹² y, por otro, excluir legalmente una determinada interpretación judicial, la extensión del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social se ha producido también en lo que se refiere a los trabajadores extranjeros cuando carecen de la pertinente autorización para trabajar supuesto que, en la actualidad, no impide al trabajador la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por convenios internacionales de protección de los trabajadores ([Convenio núm. 19 de la OIT](#)) u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación, aunque con expresa exclusión de las prestaciones de desempleo, cerrando así respecto de estas últimas la posibilidad de acceso a los inmigrantes sin los pertinentes permisos de residencia y trabajo que había abierto alguna corriente judicial¹³ (art. 36 [Ley 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

¹² Sobre contingencias profesionales, *vid.* [STS de 18 de marzo de 2008](#) (rec. núm. 800/2007); STSJ de Aragón de 28 de junio de 2001 (rec. núm. 809/2000), STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 de diciembre de 2000 (rec. núm. 1804/2000); *Vid.* entre muchas, STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2004 (rec. núm. 1426/2002), STSJ de Aragón de 1 de abril de 2004 (rec. núm. 1210/2003), STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2005 (rec. núm. 2857/2005), STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2006 (rec. núm. 75/2005), STSJ de Baleares de 18 de julio de 2002 (rec. núm. 330/2002), STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2006 (rec. núm. 216/2005). Sobre contingencias comunes, entre muchas, *vid.* Sentencia Juzgado de lo Social núm. 14 de Valencia de 16 de mayo de 2005 (proced. núm. 624/2004); STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 (rec. núm. 1573/1998), STSJ de Madrid de 20 de junio de 2005 (rec. núm. 1635/2005), de 14 de marzo de 2005 (rec. núm. 6251/2004), de 11 de octubre de 2004 (rec. núm. 4277/2004); STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003 (rec. núm. 3733/2002); STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002 (rec. núm. 5136/2001). En el mismo sentido lo entendió el INSS que en sus Criterios de aplicación núm. 6/2008, de 13 de marzo de 2008, señala que hay que tratar estos supuestos aplicando las reglas de los artículos 125 y 126 de la LGSS: consideración del trabajador en situación de alta de pleno derecho a efectos de contingencias profesionales (art. 125.3 LGSS); atribución al empresario de responsabilidad en orden a las prestaciones (art. 126 LGSS); anticipo de estas (por la mutua, en su caso); responsabilidad subsidiaria de este Instituto, en caso de insolvencia de la empresa (y, en su caso, de la mutua insolvente), como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

¹³ STS de 18 de marzo de 2008 (rec. núm. 800/2007). Algunos Tribunales Superiores de Justicia han admitido, no obstante, también el derecho a las prestaciones de desempleo incluso sin permiso de residencia, aunque en otros casos existiendo este: *vid.* STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de marzo de 2006 (rec. núm. 1172/2005); STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2008 (rec. núm. 978/2007), STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 2005 (rec. núm. 2048/2005). Otras lo han admitido sin permiso de residencia pero en atención a que el trabajador cumplía con las condiciones para acceder a dicho permiso por «arraigo laboral»: *vid.* STSJ de Madrid de 25 de enero de 2008 (rec. núm. 2411/2007).

En todo caso, y por lo que se refiere a las contingencias comunes, el Tribunal Supremo¹⁴ exige que el trabajador cuente con permiso de residencia y en caso de ausencia de este reconoce solo el derecho a una indemnización por daños, dentro de las reglas generales de responsabilidad civil.

En otra línea, también se ha producido una importante extensión subjetiva en lo que respecta a determinadas prestaciones del Sistema de Seguridad Social, concretamente, la prestación por desempleo comprendiendo a sujetos anteriormente excluidos de la protección: así, y en primer lugar, la importante extensión de esta prestación en el ámbito de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de Trabajadores del Mar que progresiva y paulatinamente fueron comprendidos en el campo de aplicación de esta prestación¹⁵, pero también los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario, primero exclusivamente los fijos¹⁶ y con posterioridad los eventuales¹⁷, aunque con un régimen jurídico claramente asistencializado y reducido, en lo que constituye otra de las tendencias –objetiva– que viene caracterizando la evolución de nuestro Sistema de Seguridad Social. La supresión del Régimen Especial Agrario y la integración de los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General por la [Ley 28/2011, de 22 de septiembre](#), mantiene, sin embargo, estas especialidades (disp. adic. 3.^a) sin perjuicio de una futura regulación que permita a los trabajadores eventuales acceder también a la protección por desempleo asistencial (disp. final cuarta Ley 28/2011). También continúan fuera de la protección por desempleo los empleados de hogar sujetos al nuevo Sistema Especial de Empleados de Hogar (disp. adic. 39.^a [Ley 27/2011](#)) aunque sin cerrar esta posibilidad en el futuro¹⁸.

¹⁴ STS de 18 de marzo de 2008 (rec. núm. 800/2007).

¹⁵ El artículo 43 del [Decreto 2864/1974, de 30 de agosto](#), reconoce el derecho a las prestaciones en las mismas condiciones del Régimen General a los trabajadores por cuenta ajena del grupo I de cotización. Con posterioridad, el [Real Decreto 3064/1982, de 15 de octubre](#), lo amplió a los trabajadores del grupo II que prestasen servicios retribuidos a la parte en embarcaciones pesqueras de más de 20 TRB. Ulteriormente, el [Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de mayo](#), de medidas adicionales de carácter social, estableció la cobertura por desempleo a los trabajadores retribuidos a la parte en embarcaciones de más de 10 TRB y menos de 20 TRB, excluidos los asimilados a los que se refiere el artículo 4 del Texto Refundido. Finalmente, la [Ley 22/1992, de 30 de julio](#), extendió la protección a los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a la parte en embarcaciones de hasta 10 TRB. Tanto el Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de mayo, como la Ley 22/1992, de 30 de julio, fueron derogados expresamente por el [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), la cual refundió en su disposición adicional 16.^a lo que establecían dichas normas disponiendo en la actualidad que tienen derecho a las prestaciones por desempleo los trabajadores retribuidos a la parte en embarcaciones pesqueras de hasta 20 TRB en los términos regulados en la ley y en sus normas reglamentarias, excluidos los asimilados ex artículo 4 del [Decreto 2864/1974, de 30 de agosto](#).

¹⁶ [Real Decreto 1469/1981, de 19 de junio](#). Prestaciones por desempleo a trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

¹⁷ [Real Decreto 5/1997, de 10 de enero](#). Regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Posteriormente pasó a ser regulado por la [Ley 45/2002, de 12 de diciembre](#).

¹⁸ La Ley 27/2011 establecía que tal exclusión se entendía sin perjuicio de las iniciativas que pudieran establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de renovación de la Relación Laboral de carácter Especial del Servicio del Hogar Familiar. Posteriormente, el [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), dispuso (disp. adic. 2.^a) la constitución, en el mes siguiente a su entrada en vigor, de un grupo de expertos (tripartito) para la realización de un informe, que debía estar realizado con anterioridad al día 31 de diciembre de 2012, informe que, entre otras

En conclusión, desde la perspectiva subjetiva, el Sistema de Seguridad Social ha sufrido una importante ampliación de su círculo de protección comprendiendo cada vez más sujetos antes excluidos, en una tendencia claramente expansiva que sin duda debe valorarse positivamente como materialización del principio de igualdad en el ámbito de la protección de las necesidades sociales, acabando, por un lado, con situaciones injustas de exclusión y, por otro, con sistemas privilegiados de protección social, actuantes fuera del ámbito de la solidaridad –nacional (nivel no contributivo) y profesional (contributivo)– que inspira el Sistema de Seguridad Social.

Desde la perspectiva subjetiva el Sistema de Seguridad Social ha sufrido una importante ampliación de su círculo de protección comprendiendo cada vez más sujetos antes excluidos en una tendencia claramente expansiva que debe valorarse positivamente como materialización del principio de igualdad en el ámbito de la protección de las necesidades sociales, acabando, por un lado, con situaciones injustas de exclusión y, por otro, con sistemas privilegiados de protección social actuantes fuera del ámbito de la solidaridad que inspira el Sistema de Seguridad Social

b) Homogenización de la acción protectora. Hacia la progresiva simplificación del Sistema de Seguridad Social: un final diferido en materia de cotización

Otra línea de tendencia de las distintas reformas de los últimos años ha sido la de simplificación de la estructura del Sistema de Seguridad Social contributiva mediante la integración de algunos de los regímenes especiales existentes

Sin duda, otra línea de tendencia de las distintas reformas del Sistema de Seguridad Social de los últimos años ha sido la de simplificación de la estructura del Sistema de Seguridad Social contributiva mediante la integración de algunos de los regímenes especiales existentes en dos regímenes: el Régimen General y el RETA. A esta simplificación se refirió como recomendación necesaria el Pacto de Tole-

cuestiones, debía abordar la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantizara los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera. En función de dicho informe se mandataba al Gobierno para, teniendo presente la evaluación sobre la viabilidad, adoptar con anterioridad al 31 de diciembre de 2013, y previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, la decisión que considerara oportuna. No existe constancia de la constitución de dicho grupo de expertos ni tampoco de la existencia del citado informe.

do (1995) pero ya con anterioridad, la [Ley 26/1985, de 31 de julio](#), había ordenado la integración de buena parte de los regímenes especiales procedentes de la regulación anterior, lo que se llevó a cabo como es sabido con el [Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre](#), que procedió a la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General y del Régimen de Escritores de Libros en el RETA. Ya más recientemente, la [Ley 18/2007, de 4 de julio](#), procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el RETA, mientras que la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), ha procedido a integrar el Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General y la [Ley 28/2011, de 22 de septiembre](#), el Régimen Especial Agrario (cuenta ajena) en el Régimen General, en ambos casos mediante la creación de sendos sistemas especiales. Quedan, por tanto, pendientes de integración para culminar este proceso de simplificación que debe terminar en el mantenimiento de dos únicos regímenes (el General y el Especial de Trabajadores Autónomos) únicamente el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y el Régimen Especial de Minería del Carbón, regímenes ambos que cuentan en la actualidad con un muy reducido número de afiliados.

En todo caso, y en tanto se produce de forma total esta integración, un fenómeno que ha caracterizado también las distintas reformas operadas sobre el Sistema de Seguridad Social ha sido la progresiva homogenización en la acción protectora dispensada entre los distintos regímenes del mismo. Al grado de homogeneidad de los regímenes especiales con el Régimen General se refería ya el artículo 9 de la Ley de 21 de abril de 1966 por la que se aprobó el I Texto Refundido de Ley de Seguridad como condición para la integración, lo que se mantuvo en los posteriores Textos Refundidos de 1974 y 1994. Y también a la necesidad de lograr la plena homogenización de los regímenes especiales se han referido de manera continúa los distintos acuerdos parlamentarios y sociales para la reforma del Sistema de Seguridad Social. Pues bien, en realización y cumplimiento de esos acuerdos, no cabe duda de que el Sistema de Seguridad Social ha realizado un importante esfuerzo de homogenización, en el entendimiento, por lo demás, de que la integración de los distintos regímenes especiales y la simplificación de la estructura resulta más sencilla partiendo de una misma intensidad en la acción protectora. Efectivamente, el proceso de homogenización de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social iniciado hace ya bastantes años ha contribuido mucho a que la simplificación de la estructura que ahora se propone resulte factible. Así, la fundamental disposición adicional 8.^a se recogía ya en la primera redacción del [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, procedente de la Ley 26/1985, de 31 de julio, proceso que se ha visto reforzado y ampliado con cada modificación normativa que, en general, ha declarado su aplicación a todos los regímenes de la Seguridad Social, así como la introducción de otras importantes disposiciones adicionales que han ido declarando

El Sistema de Seguridad Social ha realizado un importante esfuerzo de homogenización en el entendimiento de que la integración de los distintos regímenes especiales y la simplificación de la estructura resulta más sencilla partiendo de una misma intensidad en la acción protectora

también aplicables a los distintos regímenes especiales nuevas provisiones de la LGSS. Hasta tal punto ha sido fundamental el proceso de homogenización realizado por la vía de la modificación continua de la disposición adicional 8.^a de la LGSS con cada una de las reformas operadas en el Sistema de Seguridad Social que se puede concluir que, antes de las últimas integraciones, prácticamente todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera el régimen en el que estuvieran integrados (con la salvedad de los Empleados de Hogar), se encontraban en un nivel de protección prácticamente igual o similar, lo que no quiere decir que no existieran aún algunas pequeñas diferencias, pero muy inferiores a las existentes hace solo unos pocos años atrás. Este proceso de homogenización alcanzó su máximo nivel con la fundamental [Ley 53/2002, de 30 de diciembre](#), así como con la [Ley 36/2003, de 11 de noviembre](#), en lo que se refiere a los trabajadores incluidos en el RETA a resultas de las cuales se suprimieron buena parte de las diferencias que, en materia de acción protectora, sufrían los trabajadores por cuenta propia en comparación con la recibida por los trabajadores por cuenta ajena, de tal forma que, en la actualidad, son escasas las diferencias en la acción protectora entre uno y otro colectivo, hasta el extremo de que incluso se les ha reconocido ya la prestación económica por cese de actividad para los trabajadores por cuenta propia o autónomos con la [Ley 32/2010, de 5 de agosto](#), prestación a la que se refería la [Ley 20/2007, de 11 de julio](#), del Estatuto del Trabajo Autónomo. Las disposiciones adicionales 10.^a, 11.^a 2 y 11.^a bis de la LGSS abundan también en esta homogenización del RETA con el Régimen General disponiendo la aplicación de normas de este a aquel o, en su caso, estableciendo escasas singularidades, que incluso alcanzará próximamente a las contingencias profesionales que serán obligatorias en todos los regímenes con efectos de 1 de enero de 2014 (disp. adic. 58.^a LGSS añadida por Ley 27/2011). Esta misma homogenización se llevó a cabo también antes de su integración respecto de los Empleados de Hogar, a quienes se extendió la acción protectora por contingencias profesionales (disp. adic. 53.^a LGSS ex [Ley 39/2010, de 22 de diciembre](#)) y también respecto de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario que modificó parcialmente el sistema de cotización para el grupo I acercándolo al previsto en el Régimen General aunque todavía con alguna singularidad.

Pero la homogenización y la simplificación no se han operado exclusivamente sobre los regímenes especiales internos sino que ha alcanzado también a los regímenes especiales de funcionarios respecto de los que también han sido numerosas las declaraciones de intenciones¹⁹—y consiguientes actuaciones normativas— tendentes a su homogenización en el conjunto del Sistema. Así, han sido reiteradas las reformas conducentes a regular el régimen propio del sistema de protección funcional en términos prácticamente idénticos a los previstos en el Régimen General de tal forma que no ha habido reforma en el ámbito del Sistema de Seguridad Social que no haya tenido su traslación al ámbito de los regímenes de funcionarios.

La homogeneización y la simplificación no se han operado exclusivamente sobre los regímenes especiales internos sino que ha alcanzado también a los regímenes especiales de funcionarios

¹⁹ Merecen señalarse entre otras las siguientes: a) disposición adicional 6.^a de la Ley 7/2007, de 12 de abril; b) disposición adicional 62.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre; y c) disposición adicional 62.^a de la Ley 2/2008.

Pero, además, es que la tendencia a la unidad –ya no solo a la homogenización– también en lo que se refiere a los regímenes de funcionarios se manifestó ya cuando el personal de nuevo ingreso en los distintos cuerpos funcionariales autonómicos fue reconducido al Régimen General de la Seguridad Social –no así los transferidos que siguieron conservando el régimen de Seguridad Social o clases pasivas que les fuese de aplicación con anterioridad al traspaso²⁰– y cuando los funcionarios de la Administración local, anteriormente integrados en la MUNPAL, pasaron a quedar adscritos al Régimen General²¹, y ha vuelto a confirmarse, en este caso en una extensión sin precedentes, con la integración en el Régimen General de todos funcionarios (civiles, militares y de justicia) de nueva integración a partir de 1 de enero de 2011, decretada por el [Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre](#). Esta integración que afecta a todo el personal referido en el artículo 2.1 del [Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril](#) [salvo los ex presidentes, vicepresidentes y ministros del Gobierno de la nación y otros cargos referidos en el art. 51 de la misma norma, a los que se refiere en su epígrafe i)] siempre que el acceso a tal condición se produzca a partir del 1 de enero de 2011, se limita, no obstante, al Régimen de Clases Pasivas, en definitiva, en lo referente a las pensiones con exclusión, por tanto, de las prestaciones de asistencia sanitaria, servicios sociales y demás prestaciones económicas que se dispensan por las distintas Mutualidades de funcionarios y sin perjuicio, por otro lado, del mantenimiento de unas pequeñas especialidades o especificidades.

En todo caso, no puede dejar de señalarse que ha sido característico de todo este proceso de integración la previsión de largos periodos «transitorios», fundamentalmente, en lo que respecta a la cotización pues, en definitiva, ha sido este el principal escollo para la integración de unos regímenes especiales que se han caracterizado, además de por una diferente acción protectora –cada vez menos desigual como se ha señalado– por una clara asistencialización desde la perspectiva económico-financiera.

Ha sido característico de todo el proceso de integración la previsión de largos periodos «transitorios», fundamentalmente en lo que respecta a la cotización que ha sido el principal escollo para la integración de unos regímenes especiales que se han caracterizado, además de por una diferente acción protectora, por una clara asistencialización desde la perspectiva económico-financiera

Pero la opción técnica de operar la simplificación a través de la creación de sistemas especiales ha tenido también como efecto indirecto una desnaturalización parcial de la propia noción de «sistema especial» (art. 11 LGSS) que, tradicionalmente, se ha definido por oposición a los regímenes especiales en los que la especialidad alcanzaba también a la acción protectora, como aquel sistema cuya especialidad, respecto del paradigma de «generalidad», debía referirse «exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación». Los nuevos sistemas especiales mantienen especialidades en materia

²⁰ Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso Autonómico.

²¹ Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado para 1993. Desarrollado por el Real Decreto 483/1993, de 2 de abril.

La opción técnica de operar la simplificación a través de la creación de sistemas especiales ha tenido también como efecto indirecto una desnaturalización parcial de la propia noción de «sistema especial»

de acción protectora –algunas importantes– cuestión que, por otro lado, tampoco es extraña en el contexto del propio Régimen General en el que, en muchos casos, existen previsiones específicas para determinados colectivos, especialidades que en muchos casos proceden de los antiguos regímenes especiales que fueron objeto de integración bien a resultas de la Ley 26/1985, de 31 de julio o de otras normas

de integración (integración de funcionarios de la Administración local a partir del 1 de enero de 1993; integración a efectos de clases pasivas de los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2010), aunque no siempre es así, pues otras especialidades en materia de acción protectora atienden a situaciones particulares de determinados colectivos profesionales integrados desde su origen en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social. Como señalara el Tribunal Constitucional, las especialidades en materia de Seguridad Social son admisibles siempre que cuenten con el preciso amparo legal y no resulten discriminatorias, resultado que derivará de la existencia de razones objetivas y razonables que justifiquen esa diferente regulación.

c) La extensión subjetiva por la vía de la extensión objetiva del Sistema de Protección Social: el ámbito subjetivo de otras prestaciones del Sistema de Protección Social

Por otro lado, la ampliación objetiva del Sistema de Protección Social mediante la creación de nuevas formas de protección social a las que antes se ha hecho referencia (asistencia sanitaria, prestaciones asistenciales dispensadas en el ámbito de las CC.AA., protección de la dependencia), ha determinado la extensión subjetiva del Sistema de Protección Social comprendiendo a sujetos anteriormente excluidos de cualquier mecanismo de protección social pública ante situaciones de necesidad. Sin embargo, nuevamente la crisis económica obliga a matizar esta afirmación pues en algunos casos se ha producido una clara vuelta a tiempos pasados en lo que constituye una demostración más de la mutabilidad del Sistema de Seguridad Social.

Efectivamente, esta vuelta atrás es especialmente visible, desde el punto de vista conceptual, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria. En el largo proceso transcurre desde la promulgación de la [Ley General de Sanidad de 1986](#), dictada en desarrollo del mandato constitucional del artículo 43 de la [CE](#), la asistencia sanitaria había alcanzado una casi completa au-

Se ha resucitado la condición de «asegurado» como título jurídico habilitante para el acceso a la asistencia sanitaria, volviendo a conectar el derecho con la condición profesional –realización de actividad profesional– (presente o pasada) que determina la inclusión en el Sistema de Seguridad Social

tonomía respecto de la Seguridad Social, salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales (art. 86 LGSS). De esta autonomía se derivaba, entre otras consecuencias, que la delimitación de los sujetos protegidos ya no estaba condicionada por las notas que definían el campo de aplicación de la Seguridad Social (realización de actividad profesional), sino que se configuraba como un Servicio Nacional de carácter universal pues se dispensaba prácticamente a todos los ciudadanos. Subjetivamente, pues, se había producido una importante extensión del ámbito de aplicación de esta, que se inició en 1986 con la constitución del Sistema Nacional de Salud (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende el derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes) y aunque todavía no se había culminado este proceso de universalización, se esperaba poder completarlo en un breve plazo y así lo reconocía ya la Ley 33/2011, de 4 de octubre (disp. adic. 6.^a). Si bien el proceso seguido era cuestionable desde la perspectiva técnica al no haberse superado totalmente la atribución de títulos jurídicos diferenciados y deudores en muchos casos del origen de la asistencia sanitaria como prestación en especie del Sistema de Seguridad Social²², no puede negársele que logró en la práctica la universalización de la asistencia sanitaria, universalización que alcanzaba también a los extranjeros residentes en España a quienes se les reconocía este derecho en términos muy amplios, con el único requisito general de su empadronamiento que incluso era innecesario en caso de menores, mujeres embarazadas y en casos de urgencia (art. 12 LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y por LO 2/2009, de 11 de diciembre). Pues bien, el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ha resucitado la condición de «asegurado» como título jurídico habilitante para el acceso a la asistencia sanitaria, condición que se vincula directamente con la realización de actividad profesional, lo que supone, en definitiva, la pertenencia al Sistema de Seguridad Social, volviendo a conectar el derecho a la prestación de asistencia sanitaria con la condición profesional (presente o pasada) que determina la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Quienes no tienen esta condición o, en su caso, no son beneficiarios de aquellos por vínculos familiares (definidos ahora también en términos más restrictivos), deben acreditar la no superación de un determinado nivel de ingresos (menos de 100.000 euros anuales), y siempre que, por lo que se refiere a los ciudadanos extranjeros no comunitarios o del Espacio Económico Europeo, acrediten residencia legal en España. Los extranjeros sin permiso de residencia quedan excluidos del derecho a la asistencia sanitaria pública salvo supuestos de urgencia o menores de edad y mujeres embarazadas, si bien se les permite la suscripción a su costa de un convenio especial con la Seguridad Social. La asistencia sanitaria ha vuelto, por tanto, en la definición de los sujetos protegidos a utilizar la actividad profesional como criterio de atribución en un regreso de la prestación al ámbito objetivo de la Seguridad Social, siquiera parcialmente en tanto que desde la perspectiva de su financiación es totalmente autónoma salvo en la derivada de contingencias profesionales.

²² Hay que recordar que la universalización se articuló sobre la base de las normas –de configuración profesional– contenidas en la LGSS de 1974 y mediante la aprobación de un norma específica para la extensión de la asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos (RD 1088/1989, de 8 de septiembre, de la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, todo ello en desarrollo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, promulgada en desarrollo del art. 43 CE.).

A través de las prestaciones asistenciales dispensadas por las comunidades autónomas, en asunción de las competencias en esta materia que les permite el texto constitucional, se ha producido una importante extensión del ámbito subjetivo de la protección social al comprender a sujetos tradicionalmente excluidos del ámbito de la protección contributiva a los que podría denominarse los «excluidos» de la modernidad industrial

También a través de las prestaciones asistenciales dispensadas por las distintas CC.AA., en asunción de las competencias en esta materia que les permite el texto constitucional (art. 148.1.17.^a CE) se ha producido una importante extensión del ámbito subjetivo de la protección social al comprender a sujetos tradicionalmente excluidos del ámbito de la protección contributiva, a los que podría denominarse los «excluidos» de la modernidad industrial. Estas prestaciones que reciben denominaciones variadas (ingresos mínimos de inserción, de solidaridad, familiar, ayuda económica básica, renta mínima de inserción, renta garantizada de ciudadanía) suponen la extensión de la acción protectora pública a quienes la modernidad excluye de sus beneficios y ventajas, en una muestra

clara del fenómeno reflexivo que caracteriza la segunda modernidad. Pero simultáneamente estas prestaciones que tienen por finalidad otorgar rentas mínimas tienen una dimensión de integración en el ámbito del círculo laboral pues, junto a la finalidad de permitir la subsistencia de las personas en situaciones extremas de necesidad, aúnan la de su integración social, siendo esta dimensión de inserción por la que están apuntando o apostando las últimas actuaciones normativas autonómicas, en línea con la evolución que estas políticas de inclusión social han sufrido en el ámbito europeo de transición desde el *Welfare State* al *Workfare State*.

Este mismo planteamiento y finalidad de fomento de la capacidad de inserción de algunos colectivos excluidos se aprecia en la protección del desempleo a través de la Renta Activa de Inserción (RAI) que instauró la [Ley 45/2002, de 12 de diciembre](#) (desarrollada a través del [RD 1369/2006, de 24 de noviembre](#)). La RAI supone, desde la perspectiva subjetiva, extender la protección económica del sistema de protección social²³ a «desempleados» que quedan excluidos de la protección «tradicional» por desempleo, tanto en su vertiente más clásica estructurada sobre la técnica del seguro (nivel contributivo) como en su dimensión asistencial (subsidios). Así, pueden acceder a este programa como regla general «los desempleados» mayores de 45 años y menores de 65 años siempre que sean demandantes de empleo, no tengan derecho a las prestaciones de desempleo ordinarias (o también a la renta agraria) y carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), excluida la parte proporcional de las pagas extraordi-

²³ «La renta activa de inserción forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de la Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial (...).» (De la Exposición de Motivos del RD 1369/2006, de 24 de noviembre).

narias. No se exige, pues, la pérdida de un empleo, sino la condición de desempleado y requisitos de tipo subjetivo. Pero no solo eso; incluso no se exige alguno de estos requisitos en determinados casos: minusválidos y emigrantes retornados en determinados supuestos y víctimas de violencia de género y beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva. Lo singular de este mecanismo de protección social es que extiende su ámbito de aplicación a un importante número de sujetos que estarían excluidos de la protección según las reglas del sistema contributivo de desempleo; a sujetos que el propio sistema ha excluido de su protección precisamente por no tener empleo, que es la condición que determina el acceso al Sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo. Desde el punto de vista objetivo se opera también un claro cambio de tendencia en las políticas de protección social muy en línea con la propia noción de «flexiseguridad»: extender suficientes redes de protección para garantizar las transiciones a lo largo de la vida «laboral» del sujeto protegido, buscando siempre su inserción laboral, su empleabilidad que, en el caso de la RAI, es esencial para la percepción de la ayuda económica pues el beneficiario debe realizar acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional.

Finalmente, la protección de la dependencia es una clara muestra de la constante evolución en la que se mueven las necesidades sociales y, consiguientemente, de la necesidad de una constante actuación pública para redefinir o modelar nuevos mecanismos de protección social: la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de Seguridad Social son insuficientes para hacer frente a la nueva realidad derivada de los cambios demográficos y sociales que determinan la existencia de un gran número de ciudadanos en situación de dependencia. Desde el punto de vista subjetivo, la protección de la dependencia tiene dos manifestaciones reseñables. En primer lugar, que extiende nuevamente el

La protección de la dependencia es una clara muestra de la constante evolución en la que se mueven las necesidades sociales y, consiguientemente, de la necesidad de una constante actuación pública para redefinir o modelar nuevos mecanismos de protección social: la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de la Seguridad Social son insuficientes para hacer frente a la nueva realidad derivada de los cambios demográficos y sociales

ámbito de la protección pública a sujetos antes excluidos, aquellos que se encuentran en situación de dependencia, para quienes se articulan distintas medidas de apoyo, preferentemente a través de la dispensación de prestaciones en especie. Pero, en segundo lugar, en tanto la dependencia se predica respecto de otra persona de quien aquel precisa ayuda para poder llevar a cabo actividades básicas de la vida diaria, su protección pública conlleva una consecuencia añadida: se facilita a los familiares o personas de quienes dependen aquellos cuando conviven en unidades familiares o de convivencia su propia integración laboral, al minimizar el impacto que sobre su propia actividad laboral y/o profesional pudiera implicar la necesidad de atención de una persona dependiente. Se socializa así un nuevo riesgo social fruto de la nueva modernidad: la dependencia, pues si bien es cierto que esta siempre ha existido, la individualización de la sociedad fruto de la pérdida de los anclajes de la familia como institución de apoyo mutuo, unido a la prolongación de la esperan-

za de vida y la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar familiar que era quien venía realizando dichas funciones de ayuda, expone normalmente a esta última a la posibilidad de pérdida del empleo ante la necesidad de atender a una persona dependiente a su cuidado. A través de la provisión de servicios sociales para atender a los dependientes se posibilita el ejercicio de su actividad laboral o profesional a las personas de quienes dependen con lo que, indirectamente, se evita también una nueva fractura del estatus laboral de aquellos.

A través de la provisión de servicios sociales para atender a los dependientes se posibilita el ejercicio de su actividad laboral o profesional a aquellos de quienes dependen evitándose una nueva fractura del estatus laboral de aquellos y socializando este nuevo riesgo social fruto de la nueva modernidad: la dependencia

2. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PROTECCIÓN. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL MEDIANTE LA CREACIÓN DE NUEVAS RAMAS DE PROTECCIÓN. LA COEXISTENCIA DE UNA DOBLE TENDENCIA EN LO QUE SE REFIERE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA COBERTURA DE NUEVOS RIESGOS Y EL ENDURECIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A DETERMINADAS PRESTACIONES. LA NEGATIVA ASISTENCIALIZACIÓN DEL SISTEMA

Si atendemos al Sistema de Protección Social, no cabe duda de que el ámbito objetivo de la protección pública dispensada se ha extendido considerablemente comprendiendo nuevos riesgos sociales anteriormente excluidos. Ya se han señalado las tres manifestaciones más claras. Evidentemente, la protección de la dependencia supone la revalorización de la condición de ciudadanía de quienes se encuentran en situación de dependencia, no porque antes estuvieran excluidos de esta consideración, lógicamente, sino porque les atribuye derechos específicos tendentes a ayudarles directamente, como beneficiarios de servicios sociales de atención, en su autonomía personal y en la realización de aquellas actividades básicas en la vida diaria. Junto a la protección de la dependencia, la protección pública también se ha extendido a la cobertura del riesgo de «exclusión social», bien a través de las prestaciones asistenciales dispensadas por las CC.AA. bien a través de la RAI que también busca la integración laboral de determinados desempleados fuera ya del marco clásico de la protección de desempleo estructurada como «riesgo específico» y atendiendo más bien a su consideración de «riesgo genérico», aunque muy limitadamente, dado su restringido ámbito subjetivo.

Sin embargo, si atendemos exclusivamente al Sistema de Seguridad Social, es posible identificar una doble tendencia, pues mientras por un lado ha extendido su protección a la cobertura de nuevos riesgos sociales, por otro lado se constata desde hace ya un amplio periodo de tiempo un claro endurecimiento de los requisitos de acceso o cálculo de su cuantía a algunas de las prestaciones que podríamos denominar «clásicas» como la jubilación, la incapacidad permanente y la

incapacidad temporal y, en algunos aspectos, también la protección por viudedad, aunque en este caso en mucha menor medida pero no por ello fuera de la agenda del legislador²⁴. La asistencialización de algunas de las prestaciones también constituye una característica de este proceso, en lo que supone un debilitamiento de los rasgos contributivos del nivel contributivo: la reciente reforma del régimen de los complementos por mínimos por la Ley 27/2011 y la clara asistencialización de la protección por desempleo son claros ejemplos.

Efectivamente, y en primer lugar, una tendencia que manifiestamente caracteriza nuestro Sistema de Seguridad Social es la extensión de su cobertura a nuevos riesgos individuales, que en su consideración pública se socializan. Esta afirmación, desde luego, es clara si atendemos a la cronológicamente ya lejana cobertura de las prestaciones no contributivas ([Ley 26/1990, de 20 de diciembre](#)) pero también lo es si atendemos a un periodo más cercano. Curiosamente, muchos de estos nuevos riesgos sociales presentan la particularidad de que atienden ya no a la condición laboral o profesional del sujeto causante sino a su dimensión personal y/o familiar: es decir, ya no atiende a la incidencia del riesgo en la capacidad laboral del trabajador para asumir el contenido de su prestación laboral sino a la incidencia que determinadas circunstancias personales o familiares tienen sobre la vida laboral y profesional del trabajador. Esta revalorización pública de la dimensión más personal del trabajador coincide con un fenómeno claro de individualización de la sociedad, con una pérdida de las redes de apoyo que prestaban las instituciones más cercanas al individuo –especialmente la familia y las relaciones de vecindad– y es quizá por ello que resurge el papel de las instancias públicas como mecanismo de atención a esos nuevos riesgos, que son socializados. En definitiva, se trata de la adaptación del Sistema de Seguridad Social a los cambios sociales, demostrando nuevamente su versatilidad y capacidad de cambio.

En estos términos puede entenderse, sin duda, la ya antigua extensión de la prestación económica de maternidad a la maternidad por adopción (y posteriormente por acogimiento) operada por la [Ley 3/1989, de 3 de marzo](#), en la que lo relevante ya no es la imposibilidad física de la madre

Si atendemos exclusivamente al Sistema de Seguridad Social, es posible identificar una doble tendencia, pues mientras por un lado ha extendido su protección a la cobertura de nuevos riesgos sociales, por otro se constata desde hace ya un amplio periodo de tiempo un claro endurecimiento de los requisitos de acceso o cálculo de su cuantía a algunas de las prestaciones «clásicas»

²⁴ La [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), pese a que modifica la pensión de viudedad, en unos términos muy concretos que se señalan con posterioridad, anuncia que dicha reforma no constituye la última y definitiva, desde el momento que encomienda al Gobierno la futura elaboración de un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad (disp. adic. 25.^ª). La Exposición de Motivos de la [Ley 27/2011](#), por su parte, erróneamente señala que su disposición adicional 1.^ª establece que serán las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y ejercicios siguientes las que continuarán estas reformas; sin embargo, ni la citada disposición adicional 1.^ª ni ninguna otra de la Ley 27/2011 contiene dicha previsión, que sí se recogía en el proyecto de ley.

Una tendencia que manifiestamente caracteriza nuestro Sistema de Seguridad Social es la extensión de su cobertura a nuevos riesgos individuales que en su consideración pública se socializan, muchos de los cuales atienden ya no a la condición laboral o profesional del sujeto causante sino a su dimensión personal y/o familiar

o jurídica— de trabajar y sujeta a las reglas contributivas propias del Sistema, pero es que incluso en su conformación jurídica los requisitos de acceso de carácter contributivo han sido flexibilizados en un grado importante. Por un lado, reconociendo el derecho a un subsidio especial de maternidad a la madre en los supuestos de maternidad biológica durante el periodo de descanso obligatorio (42 días) cuando no reúne el periodo de carencia mínima exigido (LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres –LOIEMH–). Por otro lado, reduciendo la duración y modalizando los periodos de referencia de la carencia exigible para tener acceso a la prestación contributiva de maternidad (LOIEMH)²⁵.

Similares consideraciones pueden realizarse respecto de otra nueva prestación: la prestación económica de paternidad. Se trata de una prestación que no se configura para atender una incapacidad de desempeñar la actividad profesional sino para implicar al otro progenitor en el cuidado y atención del menor, contribuyendo a un mejor reparto de las cargas familiares (LOIEMH). En este caso no existe una necesidad de atención y cuidados del menor, que es atendido por aquel de los progenitores que sea beneficiario de la prestación de maternidad o, en su caso, mediante los distintos mecanismos de reparto del permiso de maternidad previstos normativamente (art. 48 ET y RD 295/2009); en la prestación de paternidad el riesgo cubierto es diferente: la participación del otro progenitor en el cuidado del menor, facilitando su implicación en dicha tarea y contribuyendo a un mejor reparto de las cargas familiares. El hecho de que también esta prestación esté sujeta a las reglas contributivas propias del Sistema no excluye lo señalado sin que, por otro lado, el periodo de carencia sea especialmente exigente (180 días dentro de los 7 años anteriores o 360 días a lo largo de toda la vida laboral).

parturienta para trabajar a consecuencia del parto, sino la necesidad de atención del menor, una vez producida la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo y el abandono de su anterior función de procreación y atención a los hijos en términos de exclusividad. La circunstancia de que esta prestación económica tenga una configuración claramente contributiva no excluye la afirmación anterior pues la prestación por maternidad está configurada en nuestro Sistema como una prestación sustitutiva de la rentas perdidas por la imposibilidad –fisi-

²⁵ Frente a la anterior regulación que exigía en todo caso, en un trasunto de la clásica regulación de la incapacidad temporal de la que procede (Ley 42/1994, de 30 de diciembre) un periodo de carencia de 180 días dentro de los 5 años anteriores, la regulación actual distingue los siguientes supuestos: a) Menores de 21 años en la fecha del parto o de constitución del acogimiento o adopción: no se exige carencia; b) Entre 21 y 26 años: 90 días dentro de los 7 años anteriores o 180 días a lo largo de toda la vida laboral; c) Mayor de 26 años: 180 días dentro de los 7 años anteriores o 360 días a lo largo de toda la vida laboral.

La nueva prestación económica de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave constituye la más reciente manifestación de esta revalorización de la dimensión personal y familiar del trabajador en el ámbito de la Seguridad Social ([Ley 39/2010, de 22 de diciembre](#), disp. final 21.^a 2). Al igual que en las prestaciones anteriormente señaladas, lo que se ha producido es una socialización de una circunstancia familiar del trabajador en atención a las consecuencias que dicho riesgo tiene en su dimensión laboral. Con independencia de su concreto régimen jurídico ([RD 1148/2011, de 29 de julio](#)) lo relevante es la atención pública de una circunstancia familiar como es la atención de un menor enfermo. Nuevamente, el hecho

de que el acceso a esta prestación esté sujeto a reglas de tipo contributivo (las mismas previstas para la maternidad contributiva) no empaña la importancia del reconocimiento y extensión de la protección pública a este nuevo riesgo social. Cuestionable desde una perspectiva lógica resulta, sin embargo, el hecho de que se le configure como una prestación de tipo profesional, tanto por la base reguladora adoptada para el cálculo el de la prestación como para su gestión, atribuida a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (art. 135 quater [LGSS](#)).

Otro fenómeno que caracteriza la evolución del aspecto objetivo del Sistema de Seguridad Social español es la mutación o alteración en la protección de algunos riesgos clásicos, en algunos casos para adaptarlos a la nueva realidad social y, en otros, en un claro cambio de perspectiva respecto del riesgo protegido, en este caso en un seguimiento bastante ortodoxo de la doctrina de la flexiseguridad, en lo que sin duda constituye una clara tendencia restrictiva. Y es que, como se ha señalado, otra de las causas que explica el proceso de reforma de Seguridad Social es la cada vez mayor implicación o conexión entre el Sistema de Seguridad Social y el mercado de trabajo de forma que el último condiciona al primero y, en sentido inverso, la Seguridad Social condiciona al mercado de trabajo. En el primer supuesto –la mutación en la protección de algunos de los riesgos clásicos– se halla la protección por muerte y supervivencia y especialmente la prestación de viudedad, aunque también la de orfandad. En su configuración clásica, la pensión de viudedad suponía la dependencia económica del beneficiario respecto del causante –exigiéndose esta expresamente en caso de beneficiarios varones hasta la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida por inconstitucionalidad del artículo 160 de la [LGSS \(1974\)](#) llevada a cabo por el Tribunal Constitucional (STC 103/1983, de 22 de diciembre). Esta dependencia económica presunta, derivada de la realidad social de organización de los roles familiares en el pasado, justificaba el abono de la pensión de viudedad con carácter vitalicio y un régimen jurídico muy ge-

Otro fenómeno que caracteriza la evolución del aspecto objetivo del Sistema de Seguridad Social español es la mutación o alteración en la protección de algunos riesgos clásicos, en algunos casos para adaptarlos a la nueva realidad social y, en otros, en un claro cambio de perspectiva respecto del riesgo protegido, en este caso en un seguimiento bastante ortodoxo de la doctrina de la flexiseguridad, en lo que sin duda constituye una clara tendencia restrictiva

neroso, no tanto en la cuantía de la pensión como en los requisitos exigidos, especialmente en referencia al periodo de carencia, muy reducida en comparación con otras prestaciones. Cuestiones de tipo ideológico justificaban también la exigencia del vínculo matrimonial entre el causante y el beneficiario. En definitiva, la intervención del Tribunal Constitucional y la evolución de la sociedad acabaron determinando una mutación en el riesgo protegido que pasó de la (presunta) dependencia económica a la protección simplemente del daño por el fallecimiento del cónyuge única y exclusivamente. Las modificaciones realizadas

sobre la pensión de viudedad, como luego se señalará más extensamente, y las que están pendientes de ser abordadas, se enmarcan en una «redefinición» del riesgo protegido buscando su adecuación a la realidad social; pero en esta redefinición no se busca la protección de un riesgo distinto al originario ya protegido en el marco de los antiguos seguros sociales, sino precisamente el mismo: la situación de dependencia económica en la que queda, en el caso de una unidad de convivencia sustentada en vínculos de afectividad conyugal y no conyugal pero análoga a esta, aquel de los convivientes al fallecimiento del otro del que el primero dependía económicamente. Esta redefinición del riesgo causante, de momento, lo ha sido solo en forma parcial pues la dependencia económica se exige únicamente en este momento en el caso de las parejas de hecho y en el caso de los excónyuges pero es de esperar que acabe afectando a toda la regulación de la prestación, en la futura reforma integral todavía pendiente²⁶.

También en materia de orfandad ha habido que adecuar la anterior regulación a la evolución de la sociedad; en este caso la adaptación atiende también a la consideración de la «dependencia económica»: mientras en la regulación anterior la mayoría de edad civil determinaba la extinción de la protección pública, la regulación actual²⁷, como es sabido, eleva la edad del huérfano tanto con carácter general (21 años) como en aquellos casos en los que el menor no es autónomo económicamente (25 años); esta falta de ingresos puede deberse tanto a la dificultad de acceso al empleo de los jóvenes, como a que el huérfano esté cursando estudios.

Las modificaciones realizadas sobre la pensión de viudedad –y las que están pendientes de abordar– se enmarcan en una «redefinición» del riesgo protegido buscando su adecuación a la realidad social, pero en esta redefinición no se busca la protección de un riesgo distinto al originario ya protegido en el marco de los antiguos seguros sociales, sino el originario

²⁶ Curiosamente, la Exposición de Motivos de la [Ley 27/2011](#) señala que su disposición adicional primera dispone que será en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y ejercicios siguientes donde se incluirán las previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia. Sin embargo, como ya se ha indicado, ni la citada disposición adicional ni ninguna otra de la [Ley 27/2011](#) recoge dicha previsión que sí figuraba en el proyecto de ley.

²⁷ La última reforma fruto de la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), pero ya fue objeto de progresiva elevación por normas anteriores.

Otra dimensión o perspectiva presenta el cambio que se ha operado en materia de protección por desempleo. Sin entrar ahora en el análisis de su concreto régimen jurídico, la [Ley 45/2002, de 12 de diciembre](#), supuso un cambio fundamental en la configuración de la protección por desempleo en España frente a la regulación anterior que, aunque había sido objeto de diversas reformas de carácter regresivo, endureciendo el régimen jurídico de la prestación en varios de sus aspectos (periodo de cotización exigible, duración de la prestación, equivalencia cotización/prestación, régimen de infracciones, entre otras)²⁸, mantenía la pérdida de un empleo previo como riesgo protegido. La [Ley 45/2002, de 12 de diciembre](#), inicia el viraje desde la conformación de la prestación por desempleo como una prestación (contributiva o asistencial) en el marco del Estado del Bienestar, no condicionada más que a la concurrencia de los requisitos previstos legalmente, a su consideración como una ayuda o subvención (condicionada, no obstante, en el nivel contributivo a la concurrencia de los requisitos contributivos de cotización previa) durante la búsqueda de un empleo: en la nueva regulación el compromiso de actividad se constituye en requisito fundamental de la protección [art. 231.1 h) e i) [LGSS](#)] así como la obligación del trabajador de no rechazar una oferta de empleo adecuada [art. 207 c) [LGSS](#)], concepto que es objeto de redefinición en una clara tendencia endurecedora que afecta incluso a la posible movilidad del trabajador (art. 231.3 [LGSS](#)). La [Ley 56/2003, de 16 de diciembre](#), de Empleo, reforzó esta misma idea, al disponer que la inscripción como demandante de empleo (que se exige a todos los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios de desempleo) implica la plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada (art. 27.1). Esta tendencia se ha visto reforzada con las últimas reformas. Así, la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), ha reducido considerablemente la duración del plazo en el que la no participación de los beneficiarios de prestaciones contributivas en las acciones de mejora de la ocupabilidad no resulta obligatoria, que ha pasado de los 100 primeros días de percepción a únicamente los 30 primeros días; anuncia, asimismo, una futura reforma que pospone no obstante al momento en que el empleo inicie su recuperación cual es la adopción de las medidas necesarias

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, inicia el viraje desde la conformación de la prestación por desempleo como una prestación (contributiva o asistencial) en el marco del Estado del Bienestar, no condicionada más que a la concurrencia de los requisitos previstos legalmente, a su consideración como una ayuda o subvención (condicionada, no obstante, en el nivel contributivo a la concurrencia de los requisitos contributivos de cotización previa)

²⁸ Hay que recordar que en materia de desempleo la [Ley 22/1992, de 30 de julio](#), y la [Ley 22/1993, de 29 de diciembre](#), ya modificaron regresivamente la protección por desempleo tal y como venía configurada por la [Ley 31/1984, de 2 de agosto](#), de Protección por Desempleo. Pero estas modificaciones aun asistencializando la protección dispensada –pues redujeron el ámbito subjetivo de la prestación contributiva recuperando en el nivel asistencial solo a quienes, quedando ahora excluidos por pérdida de un empleo previo, no superaran un determinado nivel de rentas–, no afectaron a la propia configuración del riesgo protegido: la pérdida del empleo y en la lógica del Estado asistencial, el abono de prestaciones (contributivas o asistenciales) ante tal pérdida.

para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de estas con las políticas activas de empleo (disp. adic. 6.ª Ley 35/2010). Pero no solo esto: las distintas medidas de carácter coyuntural adoptadas en el marco de la actual crisis de empleo producida por la crisis financiera también adopta este mismo planteamiento; baste ahora a modo de ejemplo simplemente referir el [Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero](#), que, entre otras medidas, estableció un programa de recualificación profesional de las personas que agotaran su protección por desempleo que vino a significar la participación de determinados desempleados²⁹ en políticas activas de empleo encaminadas a la recualificación y/o reinserción profesionales, lo que les otorga el derecho a percibir una «ayuda económica de acompañamiento» durante un máximo de seis meses siempre que el solicitante careza de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. También la distinta normativa coyuntural adoptada desde el año 2009 de prestaciones extraordinarias para quienes hubieran agotado las prestaciones y subsidios asistenciales se refería, junto a la suscripción del compromiso de actividad, al necesario compromiso de realizar las distintas actuaciones que se determinen por el Servicio Público de Empleo correspondiente en el itinerario activo de inserción laboral en que participen, pero el nuevo programa es más tajante en la vinculación entre ayuda económica y acciones de recualificación profesional. En definitiva, en vincular formación y prestaciones económicas o rentas de acompañamiento por esas acciones que ya no reciben la denominación de subsidios o ayudas de desempleo –aunque sea condición de acceso estar desempleado– sino ayuda de acompañamiento.

Nos hallamos ante un cambio radical de perspectiva en cuanto supone la transición desde una política del *Welfare State* a una política de *Welfare State*, en línea con las orientaciones comunitarias en la materia. Esta nueva perspectiva casa perfectamente con la doctrina de la flexiseguridad en la que la adaptación a las nuevas necesidades del sistema productivo del trabajador constituye pieza esencial y en la que las medidas de protección social deben articu-

Nos hallamos ante un cambio radical de perspectiva en cuanto supone la transición desde una política del *Welfare State* a una política de *Welfare State*, en línea con las orientaciones comunitarias en la materia

larse para otorgar colchones de amortiguación de la pérdida de rentas derivada de la situación de desempleo en tanto en cuanto el trabajador participe en esas acciones formativas, que aumenten su empleabilidad. Si en el caso de las reformas en materia de viudedad y orfandad las modificaciones ya realizadas, y las que se anuncian, se dirigen a adaptar el riesgo protegido en el pasado a las nuevas realidades sociales, en el caso del desempleo se trata de otra cosa: lo que ha mudado de naturaleza es la consideración del propio riesgo protegido, que ya no es simplemente el desempleo

²⁹ Las personas inscritas en las Oficinas de Empleo como desempleadas por extinción de su relación laboral que agoten, a partir del 16 de febrero de 2011, la prestación por desempleo de nivel contributivo y no tengan derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos en la ley, o bien hayan agotado alguno de estos subsidios, incluidas sus prórrogas.

sino la garantía de empleabilidad, pues esta constituye una pieza básica en el correcto funcionamiento del mercado de trabajo.

Otro fenómeno que ha caracterizado las distintas reformas operadas sobre el Sistema de Seguridad Social lo ha sido el del endurecimiento para el acceso a algunas de las prestaciones clásicas dispensadas o las modificaciones sobre su cuantía. Este proceso, que se inició en 1985 con la Ley 26/1985, de 31 de julio, afecta, curiosamente, a los riesgos que podríamos denominar «clásicos», es decir, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente y la jubilación, reformas endurecedoras que conviven con la creación de los nuevos riesgos protegidos a los que he hecho referencia. Así estamos ante una doble tenden-

cia: por un lado, se amplía la protección a riesgos nuevos en los términos señalados y, por otro lado, los riesgos en cuya protección surgieron los actuales Sistemas de Seguridad Social son objeto de reconsideración y reforma. Muchas de estas reformas responden a cuestiones financieras; en otros casos, concurriendo estas, se amparan en la adaptación del riesgo protegido a la nueva realidad social: es el caso de la protección de jubilación en la que junto a las razones económicas (prolongación de la esperanza de vida, bajas tasas de natalidad, altos niveles de desempleo) se alegan cambios en la realidad del mayor, capaz todavía a los 65 años. Tampoco faltan razones de conveniencia u oportunidad política y, sobre todo, razones de tipo económico y financiero. Característico de todo el proceso de reforma del Sistema de Seguridad Social en lo que se refiere especialmente a las pensio-

nes ha sido su carácter consensuado, bien en el ámbito del Pacto de Toledo (1995), bien en el ámbito de los distintos acuerdos firmados con los agentes sociales. Es este origen común lo que explica la persistencia de unos mismos principios en las diferentes reformas: entre otros y fundamental el reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad, recomendación ya presente en el Pacto de Toledo (1995) (Recomendación núm. IX)³⁰ reiterada en

Si en el caso de las reformas en materia de viudedad y orfandad las modificaciones ya realizadas, y las que se anuncian, se dirigen a adaptar el riesgo protegido en el pasado a las nuevas realidades sociales, en el caso del desempleo se trata de otra cosa: lo que ha mudado de naturaleza es la consideración del propio riesgo protegido, que ya no es simplemente el desempleo sino la garantía de empleabilidad, pues esta constituye una pieza básica en el correcto funcionamiento del mercado de trabajo

Otro fenómeno que ha caracterizado las distintas reformas operadas sobre el Sistema de Seguridad Social ha sido el endurecimiento para el acceso a algunas de las prestaciones clásicas dispensadas o las modificaciones sobre su cuantía

³⁰ Resolución de 6 de abril de 1995 del Congreso de los Diputados (BOCG de 12 de abril de 1995; serie E, núm. 134, de 6 de abril de 1995).

los siguientes pactos y acuerdos³¹. Bajo esta invocación en definitiva de lo que se trata es de la voluntad de acercar lo cotizado a lo percibido, de tal forma que el trabajador perciba en función de lo que realmente ha cotizado, ajustando la proporción entre lo cotizado y lo percibido. Se produce así un resurgir de la técnica del seguro privado, máxima expresión de correspondencia contribución-prestación al estar basado estrictamente en técnicas matemáticas actuariales, sobre la que se construyó el Sistema de Seguridad Social y que en su evolución se vio superada mediante la introducción de diversos elementos de «publicación». El cadáver del seguro privado, nunca descompuesto, resucita con cada reforma en materia de Seguridad Social por mucho que la invocación a un principio claramente antagónico de este intento matizar: el principio de solidaridad. Pero, además, y en una tendencia también muy clara, se produce un fenómeno de asistencialización de algunas de las prestaciones contradiciendo así la supuesta primacía de los principios de contributividad que inspiran las reformas.

a) La prestación de incapacidad permanente: las modificaciones sobre las reglas para el cálculo de su cuantía

Sin duda, la prestación de incapacidad permanente es claramente ejemplificativa de este proceso de endurecimiento del régimen jurídico de las prestaciones. En un constante proceso reformador –se pueden contabilizar hasta seis grandes reformas desde el año 1985–³² el nivel de protección actual ante las situaciones de incapacidad permanente es claramente más estricto, si atendemos al módulo de la cuantía, en comparación a la situación anterior a 1 de agosto de 1985 (fecha de entrada en vigor de la Ley 26/1985).

La prestación de incapacidad permanente es claramente ejemplificativa de este proceso de endurecimiento de régimen jurídico de las prestaciones

Así, en lo que se refiere en primer lugar a la determinación de la base reguladora, frente a la regulación anterior, que establecía un periodo de referencia de 24 meses, elegidos, además, por el beneficiario dentro de los 7 años anteriores al hecho causante (art. 7 [Decreto 1646/1972](#)), la Ley 26/1985, aunque distinguió varios supuestos configurando un auténtico galimatías legal, supuso un importante incremento del periodo computable para la incapacidad permanente derivada de enfermedad común cuando el trabajador se encontraba en situación de alta y en lo referente a la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez desde la situación de no alta o asimilada derivada de contingencias comunes, tanto derivada de enfermedad común como de accidente no laboral: el nuevo periodo computable quedó cifrado en el cociente que resultara de dividir por 112 las bases

³¹ Recomendación núm. 10 Renovación del Pacto de Toledo (Resolución de 2 de octubre de 2003 del Congreso de los Diputados; BOGC VII Legislatura, serie D, núm. 596, de 2 de octubre de 2003); Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006; Acuerdo Social y Económico de 31 de enero de 2011.

³² Ley 26/1985, de 31 de julio; Ley 24/1997, de 15 de julio; Ley 35/2002, de 12 de julio; Ley 52/2003, de 10 de diciembre; Ley 40/2007 de 4 de diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produjera el hecho causante, trasladando así al cálculo de la base reguladora (incapacidad permanente derivada de enfermedad común desde la situación de alta) el promedio de las bases de cotización del interesado durante el periodo mínimo de cotización exigible para tener derecho a la prestación de incapacidad permanente cuando esta deriva de enfermedad común para los trabajadores mayores de 52 años, es decir, 8 años, en aplicación de las reglas contenidas en el artículo 138.2 de la LGSS, ponderándose mediante la aplicación de un coeficiente (1,1666) cuando el periodo de carencia exigible es inferior a 8 años. Veinte años después ([Ley 40/2007](#)) vuelve a modificarse la forma de cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común³³, tanto en caso de que el beneficiario se encuentre en alta o situación asimilada al alta como no encontrándose en tal situación y como forma «*de evitar que se convierta en una vía para el acceso a la protección para las carreras de cotización insuficiente*». De esta manera, sobre la base reguladora calculada conforme a lo señalado, se le aplica el porcentaje correspondiente en función de los años de cotización previsto en el artículo 163.1 de la LGSS –es decir, el previsto para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación– computándose como cotizados, además de los efectivamente acreditados, los años que le restan al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada caso ([Ley 27/2011](#)), y es sobre el resultado de dicha base reguladora «ajustada» sobre la que se aplica el porcentaje previsto según los distintos grados de incapacidad permanente, porcentajes que no se ven afectados por la reforma. Para el supuesto de que el trabajador no alcance los 15 años de cotización (carencia mínima de acceso a la jubilación), el porcentaje aplicable se cifra en el 50% que, como se sabe, es el porcentaje inferior de los previstos en el artículo 163.1 de la LGSS para la jubilación, cuando se cuenta con 15 años de cotización, lo que viene a significar, en definitiva, la garantía de que el trabajador tendrá asegurado, en todo caso, el 50% de la base reguladora³⁴. En todo caso, se asegura así que la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá ser inferior al 55% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente en cada momento. En general, esta reforma supuso una minoración de la cuantía de las prestaciones de incapacidad permanente afectando especialmente a los trabajadores con afiliaciones tardías. También se reformó ([Ley 52/2003](#)) la forma de cálculo de la base reguladora en los supuestos en los que se accede a la incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar, así como a la identificación del periodo de carencia específica en tales casos. Así, se dispuso que en tales casos el periodo de los 10 años dentro de los que debe estar comprendido al menos, una quinta parte del periodo de cotización exigible, se computará hacia atrás desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar previendo también que, para la determinación de la base reguladora, se aplicarían las reglas previstas

³³ Queda excluido, no obstante, el cálculo de la base reguladora en los supuestos en los que el trabajador accede a la incapacidad permanente siendo mayor de 65 años cuando no reúne el periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 138.1 párrafo 2.º de la LGSS (art. 139.5 LGSS).

³⁴ Previamente, la [Ley 35/2002, de 12 de julio](#), ya había previsto que en el supuesto de que se accediera a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes a partir de 65 años –posibilidad que solo cabía ([Ley 24/1997](#) y [Ley 35/2002](#)) si con esa edad no reunían el periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación–, para la determinación de la cuantía de la pensión se aplicaría a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización establecido en cada momento, es decir, el 50%.

en el artículo 140, números 1, 2 y 4 de la LGSS, referido este último a la integración de las lagunas de cotización con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años. Mediante esta reforma, el legislador excluía la interpretación jurisprudencial conocida como «doctrina del paréntesis»³⁵ según la cual cuando el beneficiario accedía a la incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, el periodo de carencia de 10 años debía retrotraerse al momento en que cesó la obligación de cotizar y, de igual manera, también este mismo mecanismo debía aplicarse para determinar los periodos de cotización computables a efectos del cómputo de la base reguladora. Con la nueva regulación legal, se admitió la teoría del paréntesis para la determinación del periodo para el cómputo de la carencia específica (y, sin embargo, quedó totalmente excluida a los efectos del cálculo de la base reguladora), lo que determinó una reducción de la cuantía de las prestaciones, y supuso, no obstante las reiteradas declaraciones a favor de la proporcionalidad y el reforzamiento del carácter contributivo y proporcional de las prestaciones, un alejamiento de las bases reales de cotización al tomarse en cuenta un periodo en el que no existen cotizaciones (por imposición legal) computándose con la base mínima o, incluso, por valor 0 en aquellos regímenes excluidos de la integración de lagunas, desechando, por tanto, cotizaciones reales que el trabajador pudiera tener acreditadas en su vida laboral pero fuera del periodo de referencia. Pero las reformas sobre la integración de lagunas no se acaban con lo señalado; de manera sucesiva ([Ley 27/2011, de 1 de agosto](#) y [Ley 3/2012, de 6 de julio](#)) se ha endurecido el mecanismo para la integración de las lagunas pues solo las 48 primeras mensualidades se integran con el 100% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, integrándose el resto únicamente con el 50% de dicha base mínima.

Con todo, no todas las reformas en materia de incapacidad permanente han sido regresivas. La modificación ([Ley 40/2007](#)) de las reglas para determinar el periodo de carencia exigible a los trabajadores más jóvenes, fijándola, no ya en la mitad del tiempo transcurrido desde los 16 años hasta el hecho causante de la pensión, sino en un tercio de ese mismo periodo, fue claramente ampliatoria recogiendo la realidad de la más tardía incorporación de los jóvenes al mercado de tra-

³⁵ La jurisprudencia no mantuvo una posición idéntica sino que fue evolucionando. En un primer momento [entre otras, STS de 1 de julio de 1993 (rec. núm. 1679/1992) seguida por STS de 10 de diciembre de 1993 (rec. núm. 1091/1992)] se mostró partidaria de la aplicación de la doctrina del paréntesis salvo en el caso de incapacidad temporal mantenida tras la extinción del contrato de trabajo [STS de 18 de septiembre de 1991 (rec. núm. 1372/1990) entre otras muchas], aplicable tanto para la determinación del periodo de carencia como para el cálculo de la base reguladora. Posteriormente [STS de 18 de junio de 1994 (rec. núm. 3507/1993)] la jurisprudencia cambió la orientación y excluyó tal posibilidad en ambos casos lo que unido a la reforma que la Ley 24/1997 realizó sobre esta misma materia en su aplicación a la pensión de la jubilación, excluyendo la aplicación de la doctrina del paréntesis –que fue extendido por la Administración también a las pensiones de incapacidad permanente por la Circular núm. 3/1998, de 10 de marzo–. A la STS de 7 de febrero de 2000 (rec. núm. 109/1999), en Sala General, se debió un nuevo giro admitiendo la aplicación de la teoría del paréntesis a ambos efectos y también en casos de incapacidad temporal, antes excluidos [doctrina seguida por otras muchas sentencias: entre otras, STS de 18 de octubre de 2000 (rec. núm. 1209/2000), STS de 14 de diciembre de 2001 (rec. núm. 796/2001)]. Este criterio extensivo referido a la aplicación de la doctrina del paréntesis en supuestos de invalidez provisional se recoge en los posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo (STS de 16 de mayo de 2001 (rec. núm. 1219/2000) no siempre seguida por los Tribunales Superiores de Justicia. El punto final de este largo proceso se debe a la STS de 1 de octubre de 2002 (rec. núm. 3666/2001) que excluyó la teoría del paréntesis recogido por la Circular de la Dirección General del INSS 4/2003, de 8 de septiembre.

bajo. La nueva regulación redujo de 6 a 4 meses la carencia genérica exigida por cada año más de edad que tiene el trabajador en la fecha del hecho causante (salvo para los trabajadores hasta 17 años) por lo que hay que esperar a los 31 años para que [art. 138.2 a) LGSS] se llegue al periodo de carencia mínima de 5 años, que es el que se exige en todo caso a partir de los 31 años, periodo mínimo que, con anterioridad a la Ley 40/2007, se exigía con 26 años. Singularmente importante fue también la reforma (Ley 40/2007) del sistema de determinación de la cuantía de la pensión de gran invalidez mediante la combinación de una variable objetiva y uniforme (el 45% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente en el momento del hecho causante) y otra subjetiva y personal (el 30% de la base de cotización del trabajador) dando entrada así en la forma de determinación de la cuantía al aspecto asistencial de este complemento (aunque sin olvidar su dimensión contributiva), con la garantía de que en ningún caso el complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador. También claramente mejorador de la cuantía de las prestaciones es la extensión progresiva de la garantía de los complementos por mínimos, alcanzando a todas las prestaciones de incapacidad permanente que, sin embargo, se ve claramente anulado en lo que constituye una vuelta atrás, la limitación de la cuantía de los complementos por mínimos, a la cuantía de las pensiones no contributivas.

b) La protección por muerte y supervivencia. Modificaciones operadas sobre la protección de viudedad y orfandad

Las prestaciones de muerte y supervivencia han conocido un fenómeno contrario al restrictivo anteriormente señalado pues, en general, todas las reformas emprendidas han tenido como finalidad mejorar su régimen jurídico especialmente en lo referente a su cuantía, cuyo fundamento se ubica en el Pacto de Toledo (1995) (Recomendación XII). Este proceso de reforma, iniciado con la Ley 24/1997, de 15 de julio, se ha realizado de forma progresiva –de hecho, todavía quedan pendientes

Las prestaciones de muerte y supervivencia han conocido un fenómeno contrario al restrictivo pues, en general, todas las reformas emprendidas han tenido como finalidad mejorar su régimen jurídico especialmente en lo referente a su cuantía

algunas intervenciones normativas (Ley 27/2011)– y ha afectado tanto a la determinación de la cuantía de las prestaciones como a los requisitos de acceso a la misma. Solo a partir de 2007 (Ley 40/2007, de 4 de diciembre) se ha invertido tímidamente la tendencia de estas reformas que, por primera vez (Ley 40/2007) endurecen en algún aspecto el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad lo que no impide que, simultáneamente, extienda la protección a colectivos antes excluidos. En todo caso, hay que recordar ya que la reforma de 2007 no ha culminado todavía el proceso reformista en esta materia: la disposición adicional 25.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, anunció la futura elaboración por el Gobierno de un estudio que abordara la reforma integral de la pensión de viudedad, además de la ya señalada mención errónea en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a dicha reforma.

Las modificaciones operadas se han centrado principalmente en cuatro aspectos: a) la determinación de la cuantía de las prestaciones; b) la posibilidad de acceso a la pensión aunque el causante no se encontrara en alta o situación asimilada al alta; c) la flexibilización del régimen de compatibilidad; y, d) la atención de nuevas realidades sociales.

En primer lugar se extendió ([Ley 24/1997](#)) la garantía del complemento por mínimos a las pensiones de viudedad de los menores de 60 años y solo unos años más tarde (Acuerdo de 9 de abril de 2001 y [RD 1465/2001](#)) se elevó el porcentaje aplicable con carácter general para la determinación de la cuantía de la pensión del anterior (y clásico) 45 % al 46 %, previendo un 70 % para los supuestos en los que la pensión de viudedad constituyera la principal o única fuente de ingresos del pensionista y este tuviera cargas familiares. El porcentaje general fue progresiva y paulatinamente elevado hasta alcanzar el actual 52 %, porcentaje que se elevará reglamentariamente y de forma progresiva (en un periodo de 8 años) al 60 % (disp. adic. 30.^a [Ley 27/2011](#), si bien debe advertirse que estas previsiones se aplazan «sine die» conforme a lo dispuesto en la disp. adic. 83.^a [LPGE 2013](#)) para los pensionistas mayores de 65 años que no perciban otra pensión pública y no perciban ingresos por la realización de trabajo por cuenta propia o ajena.

La forma de determinar la base reguladora también fue objeto de modificación ([RD 1795/2003](#)) en el supuesto de fallecimiento del causante en situación de activo, ampliando el periodo de referencia para su cálculo, que pasó a estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha del hecho causante (7 años en la regulación anterior). Esta modificación se enmarcaba en la filosofía de lograr una mayor proporcionalidad y contribución entre las cotizaciones efectuadas por el fallecido y la cuantía de las pensiones generadas a favor de determinados familiares y no supuso, desde luego, la reducción de la cuantía sino antes bien todo lo contrario.

Otra línea de las reformas operadas sobre la pensión de viudedad fue el reconocimiento de la posibilidad de acceder a las mismas aunque el causante no se encontrara en alta o situación asimilada al alta ([Ley 66/1997](#) modificada por [Ley 50/1998](#)). Se asimilaron así las prestaciones de muerte y supervivencia a las de jubilación e incapacidad permanente (en su grado de absoluta y gran invalidez) a las que desde 1985 ([Ley 26/1985](#)) se podía acceder desde la situación de no alta o asimilada, cifrando en 15 años el periodo de carencia.

La tercera línea de las reformas ([RD 1465/2001](#)) ha ido en la línea de mantener el derecho a su percibo, tanto en caso de nuevo matrimonio, como flexibilizando en determinados casos su régimen de compatibilidad aunque el pensionista contrajera nuevo matrimonio, condicionado a la concurrencia de tres circunstancias³⁶. Esta norma también modificó el régimen extintivo de la pensión de viudedad admitiendo su mantenimiento aunque el pensionista contrajera nuevo matrimonio siempre que concurrieran determinadas circunstancias³⁷. A distinto propósito se debe la

³⁶ 1) Que se trate de personas mayores o incapacitadas; 2) Que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos del pensionista; 3) Que se trate de personas con menores niveles de renta.

³⁷ 1) Que el pensionista sea mayor de 61 o menor de dicha edad, siempre que en este último caso tenga reconocida también una pensión de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 65 %; 2) Que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de rendimientos entendiendo

reforma ([Ley 9/2005, de 6 de junio](#)) para compatibilizar las pensiones del extinto, pero transitoriamente vigente, SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social.

Finalmente, la necesidad de atender a las nuevas realidades sociales en lo relativo al matrimonio, tanto en la posibilidad del reconocimiento de su disolución (Ley de 7 de julio de 1981) como en lo referente al reconocimiento de las uniones o parejas de hecho ha sido determinante de otras reformas. Por lo que respecta a la primera cuestión, regulado en el texto originario del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se recogió ya la regulación de la Ley de 7 de julio de 1981, reconociendo el derecho de quien fuera cónyuge divorciado o separado legalmente en el momento del fallecimiento del causante a participar en la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, regulación que fue objeto de varias reformas posteriormente pero de cuestiones muy puntuales (Ley 66/1996 y Ley 24/2001)³⁸. Singularmente importante fue la apertura (Ley 40/2007) por primera vez de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad a los integrantes de las uniones de hecho, con independencia del sexo de los integrantes, aunque exigiendo, a diferencia del régimen común aplicable a los matrimonios, la dependencia económica del beneficiario respecto del causante, además de importantes restricciones respecto de la duración exigida a la convivencia *more uxorio* y a la duración de la formalización de dicha unión, pues únicamente las uniones o parejas de hecho «formalizadas» son consideradas a los efectos del acceso a la pensión de viudedad³⁹.

Pero la pensión de viudedad también ha conocido de reformas restrictivas (Ley 40/2007): la exigencia, en el caso de que el fallecimiento derive de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, de una duración mínima de un año al matrimonio o, alternativamente, la exigencia de hijos comunes; la nueva regulación referida para el acceso a la pensión de los excónyuges, exigiendo su condición de beneficiario de pensión compensatoria ex artículo 97 del Código Civil, previsión que la sucesiva aprobación (Ley 26/2009; Ley 27/2011) de varias normas transitorias (disp. adic. 18.^a LGSS) admitiendo la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad, con

que constituye la principal fuente de rendimientos, cuando el importe anual de la misma o de las mismas represente, como mínimo, el 75 % del total de ingresos del pensionista, en cómputo anual.

³⁸ Así, la Ley 66/1997 especificó que en el caso de divorcio se tendría derecho a pensión de viudedad siempre que no se hubiesen contraído nuevas nupcias y añadió que, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad correspondería al superviviente respecto del que no se apreciara mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante. Por su parte, la Ley 24/2001 estableció que los derechos derivados de la pensión de viudedad en supuestos de nulidad, separación o divorcio quedarían sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se estableciera en el supuesto de que se contrajera nuevo matrimonio.

³⁹ Sobre la normativa excepcional recogida en la disposición adicional 3.^a de la Ley 40/2007 reconociendo la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando el fallecimiento del causante hubiera ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, la [STC 41/2013, de 14 de febrero](#), ha declarado inconstitucional el requisito de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes por discriminatoria. Esta declaración de inconstitucionalidad es especialmente importante tanto en sí misma como en relación con otras previsiones normativas que atienden a este mismo criterio para la atribución de derechos (p. ej: disp. trans. 18.^a LGSS).

carácter excepcional, para supuestos de divorcio o separación judicial anteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (es decir, 1 de enero de 2008) aunque la persona divorciada o separada judicialmente no fuera acreedora de la pensión compensatoria, concurriendo determinadas circunstancias, solo ha suavizado su aplicación en situaciones especialmente graves de desprotección.

También la pensión de orfandad ha sido objeto de algunas reformas, en este caso todas ellas ampliatorias del derecho, fundamentalmente por la vía de ampliar la edad del beneficiario para tener derecho a la pensión de orfandad y de atenuar los requisitos exigidos para tener acceso a la pensión. En la primera línea, se enmarca la elevación de la edad del menor para tener la consideración de huérfano a los efectos de la prestación de orfandad, no solo configurando un régimen alternativo al general cuando el menor no realice trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando, percibiendo rentas del trabajo estas sean inferiores a la cuantía del SMI en cómputo anual en cuyo caso la edad se eleva a 25 años, sino también elevando la edad general que atribuye la condición de huérfano desde los tradicionales 18 a los actuales 21 años, en una larga evolución normativa⁴⁰. A la segunda línea responden otras dos modificaciones. En primer lugar, la posibilidad de acceder a la pensión de orfandad desde la situación de no alta o asimilada (Ley 66/1997 y Ley 50/1998). En segundo lugar, la exoneración por primera vez del periodo de carencia previa cuando el causante se encuentra en alta o situación asimilada al alta (Ley 40/2007).

c) La protección por jubilación. La gran reformada en el Sistema de Seguridad Social

En el largo periodo transcurrido desde la Ley 26/1985, de 31 de julio, el régimen jurídico de la pensión de jubilación ha sufrido modificaciones de gran calado, lo que nos sitúa ante un régimen jurídico prácticamente nuevo, en el que las medidas ensayadas por el legislador no siempre han ido en la misma dirección, con frecuentes cambios de criterio aunque siempre, en principio, inspiradas teóricamente el reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad enunciados en el Pacto de Toledo (1995) y los distintos Acuerdos Sociales a los que se ha hecho referencia. Hasta la reforma llevada a cabo por la [Ley 27/2011](#) que ha supuesto la elevación obligatoria de la edad ordina-

El régimen jurídico de la pensión de jubilación ha sufrido modificaciones de gran calado, lo que nos sitúa ante un régimen jurídico prácticamente nuevo, en el que las medidas ensayadas por el legislador no siempre han ido en la misma dirección, con frecuentes cambios de criterio aunque siempre, en principio, inspiradas teóricamente en el reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad

⁴⁰ Ley 24/1997, de 15 de julio; Ley 30/2005, de 29 de diciembre; Ley 40/2007, de 4 de diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

ria de jubilación hasta los 67 años (salvo para quienes acrediten largas carreras de cotización que mantienen la posibilidad de jubilarse a los 65 años), las constantes modificaciones normativas se han dirigido, fundamentalmente, a obstaculizar la jubilación forzosa⁴¹ así como a fomentar (inicialmente: desde 2001-2011) o a imponer (recientemente: Ley 27/2011) el retraso en el acceso a la jubilación, tanto a la jubilación total, como, en su caso, a la jubilación parcial, medidas que, por otro lado, no han impedido, sobre la base de políticas de fomento de empleo, que se hayan configurado nuevas vías para la jubilación anticipada, una vez ya prácticamente inoperante la posibilidad de acceso a esta jubilación a quienes eran mutualistas a 1 de enero de 1967⁴², si bien con mayores exigencias y con el mantenimiento de coeficientes reductores que, sin embargo, curiosamente han mudado su funcionalidad, contradiciendo las constantes invocaciones a los principios de contributividad y proporcionalidad. También han sido abundantes las reformas de la cuantía de la pensión, tanto actuando sobre la base reguladora, como sobre los porcentajes. Tampoco el periodo de carencia ha quedado fuera del proceso reformador de estos largos años. En definitiva, como ahora veremos, la pensión de jubilación ha tenido que ir adaptándose a las nuevas realidades sociales y fenómenos que caracterizan la sociedad que no por repetidos son menos reales: la prolongación de la esperanza de vida, las bajas tasas de natalidad y los elevados niveles de desempleo, persistentes incluso en periodos de bonanza económica, entre otros. A continuación se da cuenta, muy resumidamente, de las importantes modificaciones llevadas a cabo en los últimos 25 años, en los aspectos fundamentales del régimen jurídico de la protección por jubilación.

Por lo que respecta, en primer lugar, al periodo de carencia, requisito esencial en la configuración de cualquier sistema contributivo al condicionar el acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS), ya la Ley 26/1985 elevó en 5 años el periodo de carencia genérica exigible (desde los 10 entonces exigibles a los 15 actuales) de los cuales 2 debían estar comprendidos dentro de los 8 años anteriores (carencia específica). El periodo de carencia específica fue modificado posteriormente (Ley 24/1997) ampliándose a los 15 años anteriores al hecho causante, lo que facilitó el acceso a la prestación al reconocerse así la posibilidad de un periodo de tiempo mayor de apartamiento del mercado de trabajo (y consiguiente cotización) sin que tal apartamiento, en muchos casos

⁴¹ Hay que recordar que el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, derogó la disposición adicional 10.ª del ET, fundamento normativo de las jubilaciones forzosas pactadas en convenios colectivos aunque esta disposición adicional fue resucitada solo cuatro años más tarde con la Ley 14/2005, de 1 de julio. La propia Ley 27/2011 ha vuelto a modificar –endureciendo– nuevamente la jubilación forzosa pues exige ahora, en lo que se refiere al acceso a la pensión de jubilación, no ya que el trabajador acredite el periodo mínimo de cotización preciso para poder acceder a la misma (15 años) sino un periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje del 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, además del resto de requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación. Esta modificación entró en vigor el día 2 de agosto de 2011 (disp. final 12.ª Ley 27/2011).

⁴² Esta posibilidad también fue objeto de modificaciones en direcciones contrarias: inicialmente (Ley 24/1997) se flexibilizó su régimen jurídico al suprimirse el requisito de que los trabajadores tuvieran cumplidos 50 años a 1 de enero de 1967 y se redujeron los porcentajes penalizadores aplicables por cada año de anticipación en la edad de jubilación en el supuesto de que el trabajador acreditara más de 40 años de cotización. Posteriormente (Ley 35/2002) se determinó la aplicación de los mismos porcentajes (más reducidos) para quienes habiendo sido mutualistas, hubieran perdido su empleo por causa no imputable, coeficientes que fueron posteriormente modificados de nuevo (Ley 40/2007).

involuntario, conllevara perjuicios desde el punto de vista de la carencia exigible, modificación, por otro lado, muy condicionada por los altos niveles de desempleo de dichos años. También de carácter flexibilizador fue la recepción legislativa de la conocida «doctrina del paréntesis», de creación jurisprudencial, para el cómputo del periodo de carencia, es decir, retrotraer al momento en que cesó la obligación de cotizar el inicio del *dies a quo* para el cómputo de dicho periodo. Sin embargo, años más tarde ([Ley 40/2007](#)) se operó una nueva reforma, claramente restrictiva, al excluir del cómputo del periodo de carencia a efectos de jubilación la parte proporcional de las pagas extraordinarias, impidiendo así la aplicación de la doctrina jurisprudencial conocida como «día cuota» lo que supuso, en definitiva, la pérdida, como mínimo, de dos meses de cotización del trabajador a estos efectos por cada año cotizado.

Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, las modificaciones también han sido cuantiosas, y han alcanzado tanto a la forma de determinar la base reguladora como a los porcentajes aplicables por cada año cotizado. Como es sabido, a partir del 1 de enero de 2013 –y sin perjuicio de la aplicación gradual de dicha previsión (disp. trans. 5.ª [LGSS](#) introducida por la [Ley 27/2011](#))– el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se llevará a cabo sobre el promedio de las bases de cotización del trabajador de los 25 años (300 meses) inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante: se ha aumentado así en 17 años el periodo computable para el cálculo de la base reguladora desde los iniciales 8 años previstos por la [Ley 26/1985](#), que fueron elevados a 15 años por la [Ley 24/1997](#). También los porcentajes aplicables han sido objeto de modificación: primeramente ([Ley 24/1997](#)) cifrando en el periodo mínimo de carencia exigido (15 años) el porcentaje del 50% de la base reguladora, incrementándose en un 2,5% por cada año cotizado, hasta el máximo infranqueable del 100% alcanzado con 35 o más años de cotización; y, posteriormente, ([Ley 35/2002](#)) modificando los porcentajes aplicables en los tramos intermedios, es decir, los comprendidos entre el mínimo de 15 años (50%) y los 25 años cotizados, cuyo valor se elevó a un 3% por cada año cotizado, bajando a un 2% por cada año a partir del año 26.º y hasta el año 35.º, momento en el que se alcanza el 100% de la base reguladora. La última reforma en esta materia ha sido la elevación a 37 años del periodo de cotización necesario para acceder al 100% de la base reguladora ([Ley 27/2011](#)) además de la modificación, meramente técnica, de la escala de cotización a estos efectos, a fin de ajustarla a esta elevación. También debe significarse el mantenimiento, con carácter general, del 100% como porcentaje máximo aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, en clara contradicción con el principio de proporcionalidad que supuestamente inspiran las reformas⁴³ pues solo cuando se accede a la jubilación a edad superior a la edad mínima prevista cabe la superación de dicho porcentaje (art. 163.2 [LGSS](#)) en una actuación que, lejos de plasmar principios de proporcionalidad y contributividad, se configura claramente como medida para el fomento del retraso en el acceso a la jubilación. Sí se invoca y se aplica de forma estricta el principio de contributividad, sin embargo, para limitar la cuantía de los complementos por mínimos a la cuantía establecida cada año para las prestaciones no contributivas de Seguridad Social ([Ley 27/2011](#)).

⁴³ Esta previsión fue introducida por la [Ley 35/2002](#), de 12 de julio. Posteriormente fue nuevamente modificada por la [Ley 40/2007](#), de 4 de diciembre, y nuevamente reformada por la [Ley 27/2011](#), de 1 de agosto.

El mantenimiento, con carácter general, del 100 % como porcentaje máximo aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, lejos de plasmar principios de proporcionalidad y contributividad se configura claramente como medida para el fomento del retraso en el acceso a la jubilación

Histórica ha sido la reforma operada por la [Ley 27/2011](#) elevando la edad ordinaria de jubilación, único aspecto de su régimen jurídico que había resultado incólume hasta este momento en este largo proceso reformador desde que se fijara la edad de 65 años en el Retiro Obrero de 1919. Aunque esta previsión entra en vigor el 1 de enero de 2013 (disp. final 12.^a 1 Ley 27/2011) y se aplicará de forma progresiva y gradual (disp. trans. 20.^a LGSS), no cabe duda de que, entre otras cosas, la elevación de la edad ordinaria de jubilación a los 67 años constituye, sin duda, la manifestación más

evidente del fracaso de los distintos mecanismos ensayados desde el año 2001 ([RDL 16/2001](#)) para fomentar el retraso voluntario en el acceso a la jubilación (jubilación parcial sin contrato de relevo, jubilación flexible; incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social) que, sin embargo, se mantienen todavía en su esencialidad, aunque endureciendo en algunos aspectos su régimen jurídico.

Alternativamente, y fundamentadas en políticas de fomento de empleo, a lo largo de estos años se han ido articulando otras medidas en el marco de la regulación de la jubilación: por un lado, se dio nuevo impulso a la jubilación parcial anticipada permitiendo la jubilación –parcial– a los 60 años siempre que fuera acompañada de un contrato de relevo con un trabajador desempleado y, por otro lado, se abrió una nueva vía para la jubilación anticipada (a los 61 años) de quienes, acreditando largas carreras de cotización (30 años de cotización sin que se computara lo cotizado por pagas extraordinarias), fueran desempleados inscritos como demandantes de empleo durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación y siempre que la situación de desempleo no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador⁴⁴ disponiendo la aplicación de distintos coeficientes reductores de la pensión de jubilación, diferentes según los años de cotización que acreditara el trabajador⁴⁵. Sobre esta regulación volvió nuevamente la [Ley 27/2011](#) en muchos de sus aspectos pero sobre todo, en lo que ahora interesa, creó una nueva posibilidad de jubilación anticipada voluntaria, a partir de los 63 años, siempre

⁴⁴ Se prevén algunas excepciones respecto de la condición de desempleado y de la pérdida involuntaria de empleo: cuando el empresario hubiera abonado, por obligación establecida por acuerdo colectivo, tras la extinción del contrato y durante los dos años anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad anual que represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

⁴⁵ Artículo 161.2 de la LGSS: 1.º Entre 30 y 34 años de cotización acreditados: 7,5%; 2.º Entre 35 y 37 años de cotización acreditados: 7%; 3.º Entre 38 y 39 años de cotización acreditados: 6,5%; 4.º Con 40 o más años de cotización acreditados: 6%. Para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos sin que se equipare a un año la fracción del mismo.

que se acreditara un periodo mínimo de carencia de 33 años de cotización efectiva⁴⁶, sin exigir la pérdida involuntaria del empleo como el supuesto anterior (entrada en vigor: 1-1-2013). Además, se mantuvo también esta posibilidad de jubilación anticipada para quienes perdieron su empleo por causa no imputable, con algunas particularidades en su nueva regulación⁴⁷, y, singularmente, la más importante ahora, la limitación a los supuestos de pérdida de empleo por situaciones de crisis de la empresa⁴⁸ y no, como con anterioridad, a todos los supuestos de extinciones del contrato involuntarias o inimputables previstos en el artículo 208 de la LGSS como situaciones legales de desempleo. Se modificó también el régimen de los coeficientes aplicables para la determinación de la cuantía de la pensión en ambos casos de jubilación anticipada⁴⁹ en lo que supuso una mutación de su funcionalidad: en la regulación anterior, en la que la edad mínima de jubilación estaba establecida con carácter ordinario en los 65 años, las cotizaciones acreditadas determinaban un mayor o menor coeficiente pero, en todo caso, la anticipación en la jubilación lo era siempre respecto de una misma edad, de forma tal que podía concluirse que la minoración del coeficiente era el premio por acreditar una mayor carrera de seguro.

La modificación del régimen de los coeficientes aplicables para determinar la cuantía de la pensión en los casos de jubilación anticipada supuso una mutación de su funcionalidad. En la regulación procedente de la Ley 27/2011, en la que se distinguen dos edades mínimas de acceso a la jubilación diferentes según la carrera de seguro del trabajador, los coeficientes ya no atienden directamente a la mayor o menor carrera del seguro sino a si el trabajador tiene derecho a jubilarse a los 65 o a los 67 años

En la regulación procedente de la Ley 27/2011, en la que se distinguen dos edades mínimas de acceso a la jubilación diferentes según la carrera de seguro del trabajador, los coeficientes ya no atienden directamente (aunque sí de forma indirecta) a la mayor o menor carrera del seguro (cotiza-

⁴⁶ Sin que se tenga en cuenta a estos efectos la parte proporcional de pagas extras. Además, a estos efectos se computa como cotizado a la Seguridad Social el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria con el límite de un año [art. 161 bis 2.B) b) LGSS].

⁴⁷ Así, aunque se mantiene la edad mínima para acceder a este supuesto de jubilación anticipada en los 61 años, se ha elevado el periodo de carencia exigido a 33 años, en los mismos términos señalados. Los coeficientes aplicables sobre la cuantía de la pensión también se han equiparado en ambos supuestos.

⁴⁸ Los supuestos son exclusivamente los siguientes: a) el despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral ex artículo 51 del ET; b) el despido objetivo por causas económicas, ex artículo 52 c) del ET; c) la extinción del contrato por resolución judicial ex artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; d) la muerte, jubilación, o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; y, finalmente, e) la extinción del contrato por fuerza mayor.

⁴⁹ El coeficiente será inferior si el trabajador tiene derecho a jubilarse a los 65 años (carreras de cotización de 38 años y 6 meses) o si, por el contrario, el trabajador tiene establecida como edad mínima de jubilación los 67 años de edad (carreras de cotización de menos de 38 años y 6 meses).

ciones acreditadas) sino a si el trabajador tiene derecho a jubilarse a los 65 o a los 67 años. Es decir, el coeficiente es inferior cuando la anticipación de la jubilación es inferior y es superior cuando la anticipación en la jubilación se produce con mayor antelación respecto del momento en que se produciría de jubilarse a la edad establecida sin que el hecho de que se acredite una carrera de seguro más dilatada obtenga el beneficio de un menor coeficiente reductor. En definitiva, se aplica nuevamente un criterio estrictamente proporcional y aunque pueda parecer que se atiende también a módulos de mayor o menor contributividad, en esta materia concretamente tal contributividad está ausente.

Con todo, el [Real Decreto-Ley 5/2013, de 5 de marzo](#), ha vuelto de nuevo a modificar el régimen de la jubilación anticipada y lo ha hecho en tres sentidos. Por un lado, elevando la edad que permite el acceso a la jubilación anticipada que ya no viene establecida en una edad mínima general sino que se predica respecto de la edad que en cada caso resulte aplicable al trabajador en función del artículo 161 de la LGSS (es decir, si tiene derecho a jubilarse a los 65 años o a los 67 años). Por otro lado, elevando el periodo de cotización acreditado para poder acceder a la misma. En la nueva regulación, actualmente vigente, los desempleados que perdieron su trabajo a consecuencia de situaciones de crisis de la empresa pueden anticipar su acceso a la jubilación con una antelación máxima de 4 años respecto de la edad que le resultaría aplicable siempre que tenga acreditados 33 años de cotización, sin computarse a tales efectos las pagas extraordinarias. Se ha elevado, por tanto, en 3 años el periodo de carencia que el trabajador debe acreditar respecto de la regulación anterior para poder acceder a la jubilación anticipada y, además, la edad ya no se establece con carácter fijo con abstracción de la edad a la que el trabajador puede acceder a la jubilación ordinaria sino que se predica como una antelación respecto de esta última. Por su parte, se mantiene la jubilación anticipada no vinculada a la pérdida de empleo previo, a la que se puede acceder con una antelación de 2 años respecto de la edad que le resultaría aplicable con carácter general, y siempre que el trabajador acredite 35 años efectivos de cotización; igualmente la anticipación se establece por referencia a la edad en la que el trabajador tiene derecho de acceder a la jubilación anticipada –en un máximo de 2 años– y se ha elevado, en este caso, en 2 años más el periodo de carencia que el trabajador tiene que acreditar para poder acceder a esta jubilación anticipada, que se eleva a 35 años de cotización.

Pero los cambios no terminan aquí. El [Real Decreto-Ley 5/2013](#) vuelve a reformar los coeficientes aplicables en ambos sistemas de jubilación anticipada en tres sentidos: en primer lugar, porque vuelve a una escala cuádruple de coeficientes frente a los anteriores dos tramos, pero, sobre todo, y en segundo lugar, porque la lógica que explica la aplicación de

Con el Real Decreto-Ley 5/2013 la lógica que explica la aplicación de los coeficientes vuelve parcialmente al sistema anterior a la Ley 27/2011: el coeficiente ya no atiende a que el trabajador tenga derecho o no a jubilarse con 65 o 67 años, predicando el coeficiente de que acredite o no 38 años y 6 meses de cotización, manteniendo (con elevación) el coeficiente de quien acredita menos de 38 años y 6 meses, y creando unos nuevos coeficientes (inferiores) para quienes acreditan largas carreras de seguro (más de 41 años y 6 meses; y más 44 años y 6 meses)

los coeficientes vuelve parcialmente al sistema anterior a la Ley 27/2011: el coeficiente ya no atiende a que el trabajador tenga derecho o no a jubilarse a los 65 o 67 años, predicando el coeficiente de que acredite o no 38 años y 6 meses de cotización, sino que, además de esto, se mantiene aunque elevando el coeficiente de quien acredita menos de 38 años y 6 meses, se crean unos nuevos coeficientes (inferiores) para quienes acreditan largas carreras de seguro (más de 41 años y 6 meses; y más 44 años y 6 meses). Finalmente, en tercer lugar, la escala de coeficientes es diferente en ambos supuestos, restableciendo una diferenciación en los coeficientes aplicables a los dos supuestos de jubilación anticipada prevista en el artículo 161 bis de la LGSS.

En este largo proceso evolutivo de la protección de jubilación también merece señalarse la consideración otorgada a efectos de la reducción de la edad ordinaria de jubilación a determinadas circunstancias personales del trabajador a añadir a los supuestos clásicos de reducción de la edad de jubilación en el caso de trabajos peligrosos tóxicos o insalubres (art. 161 bis.1 LGSS). Así, la edad mínima ordinaria de jubilación se puede reducir, además de por dichas circunstancias objetivas del trabajo realizado, en atención a circunstancias personales de quien realiza un trabajo sin peculiaridades objetivas algunas: las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65 % (Ley 35/2002)⁵⁰ así como las personas que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que, en este último caso, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de dichas personas⁵¹.

Pero la consideración de circunstancias personales en el ámbito de la jubilación no termina en lo señalado: el cuidado de hijos adquiere una nueva relevancia al atribuir la consideración de periodo cotizado, a todos los efectos salvo el cumplimiento del periodo mínimo de carencia, el periodo de interrupción de la cotización derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas en el periodo comprendido entre el inicio del noveno mes anterior al nacimiento o al tercer mes anterior a la adopción o acogimiento y la finalización del sexto mes posterior a dicha situación (disp. adic. 60.ª LGSS –en vigor el 1 de enero de 2013–). Igualmente, la consideración del servicio militar o prestación social sustitutoria como periodo de ocupación cotizada, tanto en su actual pero limitada consideración a efectos de la jubilación anticipada (art. 161 bis.2 LGSS en la redacción dada por la Ley 40/2007) como en su futura consideración a efectos más amplios (disp. adic. 28.ª Ley 27/2011)⁵².

⁵⁰ Desarrollado por Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

⁵¹ Desarrollado por Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 %.

⁵² Disposición adicional 28.ª. Cómputo, a efectos de Seguridad Social, del periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria.

El Gobierno presentará, en el plazo de un año, un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por esta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias, acorde con los incrementos que, en el ámbito de la contributividad, se producen en esta ley, y con la sostenibilidad del sistema.

d) La protección por desempleo. Un largo camino en la asistencialización de la protección y la mutación del riesgo protegido

La protección por desempleo también ha sido objeto de importantes reformas dirigidas, en general, a endurecer su régimen jurídico, aunque esta afirmación no excluye otra en sentido contrario pues también se ha operado una extensión subjetiva de este derecho reconociéndolo progresivamente a trabajadores que con anterioridad estaban excluidos (trabajadores por cuenta ajena del Régimen del Mar y trabajadores por cuenta ajena eventuales del Régimen Especial Agrario). En todo caso, las distintas reformas operadas en materia de protección por desempleo han sido, desde el punto de vista objetivo, claramente restrictivas y con una tendencia palmariamente asistencializadora. Desde la regulación llevada a cabo por la [Ley 31/1984, de 2 de agosto](#), las reformas llevadas a cabo con posterioridad han operado una restricción importante de su régimen jurídico, tanto en lo referente al periodo de carencia exigido para tener derecho a la prestación como respecto de los porcentajes aplicables para determinar su cuantía ([Ley 22/1992](#) y [Ley 22/1993](#)) pasando por la asistencialización de su régimen jurídico ([Ley 22/1992](#)) en un proceso que, finalmente, ha llevado a una progresiva mutación de su funcionalidad desde su configuración como una prestación económica sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por la pérdida del empleo a su cada vez mayor conexión con las políticas activas de empleo mediante el reforzamiento de la obligación de participación del interesado en acciones, primero que acrediten su disponibilidad para la búsqueda activa de empleo y para la aceptación de colocación adecuada como, con posterioridad, de mejora de su ocupabilidad ([Ley 45/2002](#); [Ley 35/2011](#); [RDL 1/2011](#))⁵³.

Desde la regulación llevada a cabo por la Ley 31/1984, las reformas llevadas a cabo con posterioridad han operado una restricción importante de su régimen jurídico, tanto en lo referente al periodo de carencia exigido para tener derecho a la prestación como respecto de los porcentajes aplicables para determinar su cuantía (Ley 22/1992 y Ley 22/1993) pasando por la asistencialización de su régimen jurídico (Ley 22/1992) en un proceso que, finalmente, ha llevado a una progresiva mutación de su funcionalidad desde su configuración como una prestación económica sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por la pérdida del empleo a su cada vez mayor conexión con las políticas activas de empleo

⁵³ El programa de recualificación profesional establecido por el Real Decreto-Ley 1/2011 es objeto de prórroga por el [Real Decreto-Ley 10/2011](#), del 16 de agosto de 2011 hasta el 15 de febrero de 2012. Posteriormente, el [Real Decreto-Ley 20/2011](#) prorroga nuevamente el programa desde el 16 de febrero de 2012 hasta el 15 de agosto de 2012. Más tarde por el [Real Decreto-Ley 23/2012](#) se extiende del 16 de agosto de 2012 al 15 de febrero de 2013 y, por último, por el [Real Decreto-Ley 1/2013](#) se ha prorrogado del 16 de febrero al 15 de agosto del presente ejercicio, previéndose, a partir del 16 de agosto de 2013, su prórroga automática por periodos de seis meses siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20% según la última EPA publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga y cuando se reúnan, dentro del periodo prorrogado que corresponda, los requisitos establecidos en el Real Decreto-Ley 23/2012.

En lo que respecta al periodo de carencia exigible, se elevó de 6 a 12 meses ([Ley 22/1992](#)) en línea con la modificación operada sobre el contrato de fomento de empleo respecto del que se amplió su duración mínima (de 6 a 12 meses), todo ello con la finalidad de reducir el elevado índice de rotación en la contratación temporal. Además, se elevó a 6 años, frente a los anteriores 4, el periodo de referencia para tal finalidad. Paralelamente, y como forma de atenuar el impacto excluyente de la medida, se creó un nuevo supuesto de subsidio asistencial, para quienes acreditando 180 días de cotización y sin responsabilidades familiares, se encontraran en situación legal de desempleo pero que, en tanto reconducido al nivel asistencial, tuvo un carácter muy limitado al exigirse la no superación de un límite de ingresos. Además, se modificó la escala de duración de la prestación, reduciéndose en su relación al periodo de cotización acreditado de forma que, frente a la anterior tabla regida por la regla de dos a uno, pasó a regirse por la regla de tres a uno. Especialmente reseñable fue la modificación de los tipos o porcentajes aplicables para determinar la cuantía de la prestación que pasó del 80, 70 y 60% durante los seis primeros meses, desde el 7.º al 12.º y a partir del 13.º, respectivamente, al 70% durante los 180 primeros días y el 60% a partir del día 181. Esta modificación se amparaba en la necesidad de moderar las elevadas tasas de reposición de las prestaciones en relación con los salarios dejados de percibir en el entendimiento de que tales tasas podían desincentivar la búsqueda de empleo. A razones presupuestarias responde, sin embargo, la nueva modificación del porcentaje aplicable a partir del séptimo mes de percepción de la prestación que ha sido objeto de reducción hasta el 50% por el [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), para quienes accedan a la prestación a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha norma. La reducción de la tasa de sustitución de la prestación por desempleo ha sido, pues, importante, sin que se haya visto corregido por la muy limitada elevación de los topes máximos de la prestación y sin que los topes mínimos se hayan visto elevados.

La reducción de la tasa de sustitución de la prestación por desempleo ha sido importante, sin que se haya visto corregido por la muy limitada elevación de los topes máximos de la prestación y sin que los topes mínimos se hayan visto elevados

Además de otras modificaciones diversas, por primera vez se introdujo como causa de extinción de la prestación o el subsidio el rechazo a participar por parte de los beneficiarios en acciones de formación profesional aunque se limitó a esta previsión, sin ligar todavía, como así harán las posteriores reformas, situación legal de desempleo y empleabilidad. Pero sin duda, en la [Ley 22/1992](#) cabe ubicar el inicio de una tendencia a la asistencialización de la protección por desempleo, introduciendo elementos que desdibujan el esquema del seguro sobre el que se sustenta en teoría el nivel contributivo de prestaciones, tales como la reducción de la cuantía de la prestación, configurándolas cada vez más como rentas de subsistencia y menos como rentas de sustitución de las rentas perdidas, amén de la reducción del ámbito subjetivo mediante la elevación del periodo de carencia exigido en el nivel contributivo que solo son recuperados en el nivel asistencial cuando carecen de un determinado nivel de rentas.

Efectivamente, aunque la principal modificación operada por la [Ley 45/2002](#) en la definición de la situación legal de desempleo fue la relativa a la regulación de la extinción de la relación la-

boral en virtud de despido, para adecuarla a la reforma operada sobre el efecto extintivo de la decisión empresarial sobre el contrato de trabajo y la consiguiente supresión de los salarios de tramitación, la [Ley 45/2002](#) inicia un cambio en la configuración de la situación legal de desempleo y, por ende, de la situación protegida, al situar en el centro de imputación de la protección por desempleo la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del recién creado «compromiso de actividad».

Efectivamente, a la definición en negativo de aquellas que no constituyen situación de desempleo, la [Ley 45/2002](#) añadió como supuesto de exclusión de esta situación determinante de la situación protegida la falta de acreditación de disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada «aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 anterior», es decir, en las definidas como situaciones legales de desempleo, que también fueron parcialmente modificadas por la reforma. Con la nueva regulación, el presupuesto determinante de la protección ya no es la pérdida involuntaria del salario sino, en primer lugar, la pérdida del empleo pero sobre todo y presupuesta la anterior, la prestación económica por desempleo constituye un salario o subvención por la búsqueda de empleo y la disponibilidad para aceptar colocación adecuada. De esta forma el objeto de la protección se trasladó de la pérdida involuntaria o inimputable del empleo a la realización de una actividad concreta, manifestada en el contenido dotado al «compromiso de actividad» que consiste en: a) la búsqueda activa de empleo; b) la aceptación de colocación adecuada; c) la participación en acciones de mejora de la ocupación (acciones de información, orientación, formación, reconversión e inserción profesionales). En esta misma línea volvió a insistir la [Ley 35/2010](#) al reducir a 30 días (frente a los 100 previstos en su redacción precedente), el periodo durante el cual la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad son voluntarias, por lo que transcurridos esos 30 días, el trabajador no puede en ningún caso negarse a participar en las acciones de mejora de su ocupabilidad pudiendo derivarse sanciones –entre ellas la extinción de la prestación– de tal incumplimiento. Por su parte, el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) da una nueva vuelta de tuerca y establece la obligatoriedad en la participación de los beneficiarios de prestaciones por desempleo en el programa de sustitución de trabajadores en formación con trabajadores desempleados a que se refiere la disposición transitoria 6.^a de la [Ley 45/2002](#), participación que antes se contemplaba en términos de voluntariedad.

También a la [Ley 45/2002](#) se debió la creación de una nueva ayuda específica por desempleo, dentro de la acción protectora por desempleo, como fue la RAI que, como su propia denominación indica, tenía por finalidad otorgar una ayuda económica para los desempleados con especiales dificultades de inserción laboral siempre que adquirieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral (disp. final 5.^a 4 LGSS introducida por la Ley

La Ley 45/2002 inicia un cambio en la configuración de la situación legal de desempleo y, por ende, de la situación protegida, al situar en el centro de imputación de la protección por desempleo la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del recién creado «compromiso de actividad»

45/2002 y desarrollada por la disp. adic. 1.ª Ley 45/2002). En principio, se trata de una ayuda específica, diferente a la protección tradicional estructurada sobre la prestación contributiva y los subsidios asistenciales, pero el hecho de que algunos colectivos que quedan fuera de esta protección tradicional pueden ser recuperados a través de la RAI demuestra la conexión de las distintas medidas. Las más recientes actuaciones en materia de desempleo abundan nuevamente en la vinculación entre desempleo y mejora de la ocupabilidad, clásico de las doctrinas de la flexiseguridad, aunque se trate de medidas excepcionales. Así, a título meramente ejemplificativo, la ayuda económica prevista por el [Real Decreto-Ley 1/2011](#)⁵⁴ que establece unas prestaciones económicas temporales para quienes hayan agotado las prestaciones y subsidios por desempleo y carezcan de rentas, siempre que participen en medidas de política activa de empleo encaminadas a la recualificación y/o reinserción profesional necesarias para que puedan incorporarse a nuevos puestos de trabajo, especialmente en sectores emergentes y con mayor potencial de crecimiento, y el [Real Decreto-Ley 3/2011](#) que establece una conexión entre el acuerdo personal de empleo, pieza clave del itinerario individual y personalizado de empleo, y el compromiso de actividad a que se refiere tanto esta la propia [Ley 56/2003, de 16 de diciembre](#), como la [LGSS](#).

No puede dejar de señalarse, siquiera sea brevemente, la modificación operada sobre el subsidio de desempleo de prejubilación. Previsto tradicionalmente como un mecanismo para dar salida a los desempleados cercanos a la edad de jubilación, cuyas posibilidades de acceder nuevamente al mercado de trabajo son escasas cuando no nulas, el [Real Decreto-Ley 20/2012](#) ha elevado a 55 años la edad de acceso a este subsidio y, más recientemente, el [Real Decreto-Ley 5/2013](#) declara aplicable a este subsidio la normativa sobre el requisito de carencia de rentas vigente en ese momento durante toda la duración del subsidio lo que implica el cómputo de las rentas de la unidad familiar a efectos de la valoración de la situación de necesidad.

III. A MODO DE BREVÍSIMA CONCLUSIÓN: ¿PUEDE REALMENTE EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL OPERAR COMO MECANISMO DE SEGURIDAD EN EL CONTEXTO DE LA FLEXISEGURIDAD?

Terminan estas reflexiones igual que han empezado; con un interrogante abierto sobre el efectivo papel que el Sistema de Seguridad Social puede desempeñar en el contexto de las doctrinas de la flexiseguridad como el elemento dispensador de la seguridad que aquellas prometen en contrapartida a la flexibilidad solicitada en el ámbito de la gestión de los poderes empresariales sobre la relación laboral, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena. La actividad profesional, en definitiva, constituye la puerta de acceso al nivel contributivo de Seguridad Social y su carencia o pérdida determinan la privación de la renta vinculada a la misma y la necesidad de protección. La doctrina de la flexiseguridad, entendida en términos amplios, asegura que median-

⁵⁴ Vid. nota 52.

te mecanismos de protección social, el Estado acompañará al trabajador en las distintas etapas de su vida durante las diferentes transiciones entre vida activa y carencia de empleo, asegurándole el mantenimiento de rentas siempre que tenga voluntad de volver a la vida activa (salvo en el caso de la jubilación y la incapacidad permanente, lógicamente, que pivotan sobre otra lógica), su «ocupabilidad» o «empleabilidad»: en definitiva, la capacidad de ser ocupable o empleable.

Sin embargo, de cuanto se ha señalado con anterioridad se infiere que, en general, las principales tendencias que presenta el proceso reformista al que está sometido el Sistema de Seguridad Social son altamente restrictivas en una tendencia claramente contradictoria: mientras que en la protección por desempleo se produce con nitidez un apartamiento de la técnica del seguro, desdibujando sus elementos conformadores, con la asistencialización de las prestaciones y su cada vez mayor vinculación a la realización de acciones de mejora de la empleabilidad, y con un profundo endurecimiento de las condiciones de acceso al subsidio de prejubilación, única salida para muchos desempleados con difícil retorno al mercado de trabajo, en lo que respecta a las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación especialmente, el reforzamiento de la contributividad y proporcionalidad conduce cada vez más al renacimiento del seguro privado. No solo se refuerzan los elementos contributivos, también se reducen directamente los elementos de solidaridad del sistema. Basta ahora meramente a título de ejemplo dos reformas operadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto: la relativa al régimen jurídico de los complementos por mínimos, limitando su importe a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez permanente no contributivas; y el nuevo sistema de integración de lagunas de cotización limitando a 48 meses las susceptibles de ser integradas con el 100% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, que aislada y conjuntamente pueden tener un efecto muy perjudicial sobre la intensidad de la acción protectora dispensada en el nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social. Nos hallamos así ante una manifestación más del movimiento reflexivo característico de la segunda modernidad industrial (BECK): la reducción de la cuantía de las prestaciones y la cada vez mayor dificultad en el acceso a las prestaciones públicas reduce el ámbito de la protección pública, abriendo nuevos espacios a la intervención privada en la atención o cobertura de riesgos, haciendo renacer también el ánimo de lucro que había sido eliminado con la creación de los modernos Sistemas de Seguridad Social. Del riesgo creado por la propia sociedad del riesgo se hace negocio. Un simple ejemplo reciente en esta misma línea aunque de momento dentro de la lógica del Sistema: la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 modificó el artículo 73 de la LGSS añadiendo la posibilidad de que las Mutuas puedan destinar una parte de los excedentes obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales o de la incapacidad temporal por enfermedad común al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas, cuando se hayan reducido los costes de la incapacidad temporal, por debajo de los límites establecidos, o que hayan obtenido

La reducción de la cuantía de las prestaciones y la cada vez mayor dificultad en el acceso a las prestaciones públicas reduce el ámbito de la protección pública, abriendo nuevos espacios a la intervención privada en la atención o cobertura de riesgos

una reducción significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Aunque configurada como medida para incentivar el celo de las Mutuas en el control de las prestaciones de incapacidad temporal, en definitiva, implica la posibilidad de que los empresarios asociados a la Mutua obtengan, finalmente, un cierto grado de «lucro en la gestión» concretado en el ahorro de la cotización por contingencias comunes; en tanto, a diferencia de las contingencias profesionales en las que el ahorro (sistema *bonus-malus* establecido por la [Ley 51/2007, de 26 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2008) se dedica a incentivar medidas que afectan directamente al riesgo, en este caso de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, este ahorro solo puede venir de un «endurecimiento» en el control de la situación determinante de la incapacidad puesto que el riesgo, en tanto común, está fuera del control empresarial y de la Mutua.

Por otro lado, cuando se habla de flexiseguridad no suele mencionarse el efecto perverso que esos posibles momentos de carencia de empleo pueden tener en el futuro en el acceso y cuantía de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, si bien es cierto que la reciente intervención del Tribunal Constitucional ([STC 61/2013, de 14 de marzo](#)) declarando inconstitucional la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en la regla

segunda del apartado 1 de la disposición adicional 7.^a de la [LGSS](#) elimina un importante obstáculo en el acceso a las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial⁵⁵: la ampliación del periodo de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación que determina la posibilidad de que el trabajador puede encontrarse con mayor probabilidad de incurrir en lagunas de cotización que, en la nueva regulación no van a encontrar siquiera la garantía del 100% de la base de cotización para mayores de 18 años; la señalada restricción de la garantía de los complementos por mínimos; la restricción de las condiciones de acceso al subsidio de desempleo de prejubilación, son manifestaciones jurídicas que parecen conducir a la conclusión de que el Sistema de Seguridad Social no es capaz de dispensar la seguridad presente en el binomio de la «flexiseguridad», tal y como esta propugna.

Diversas manifestaciones jurídicas parecen conducir a la conclusión de que el Sistema de Seguridad Social no es capaz de dispensar la seguridad presente en el binomio «flexiseguridad», tal y como esta propugna

⁵⁵ Con anterioridad, la disposición adicional 29.^a de la [Ley 27/2011](#) ya preveía una futura modificación al anunciar la futura elaboración por el Gobierno (en el plazo de un año) de un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial con expresa referencia al incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.