

## LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)

**JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES**

*Administrador Civil del Estado*

*Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social*

### **Extracto:**

EL sistema de la Seguridad Social español –al igual que sucede con los sistemas de nuestro entorno– ha estado sometido en las dos últimas décadas a constantes revisiones, con la finalidad de perfeccionar sus mecanismos protectores, al tiempo que se pretendía profundizar en su consolidación y viabilidad futuras. Estas reformas han tenido una continuidad mayor desde el Pacto de Toledo de 1995 (y su renovación parlamentaria de 2003) ya que si en este consenso político se parte de la defensa del sistema de la Seguridad Social que a lo largo de casi 100 años ha ido construyendo la sociedad española, también propugna la constante adaptación del sistema a las realidades socio-económicas presentes en cada momento. Tras el Pacto de Toledo y mediando dos Acuerdos sociales (los correspondientes a 1996 y 2001) sobre el sistema de la Seguridad Social se proyectaron las reformas operadas en las Leyes 24/1997 y 35/2002, al tiempo que otras reformas de menor calado.

En el mismo objetivo, en el Acuerdo social de 13 de julio de 2006, el Gobierno y todas las organizaciones sociales que gozan de mayor representatividad propugnaban la necesidad de ir incorporando, de forma paulatina, los necesarios ajustes que permitan afrontar los retos derivados del envejecimiento de la población, aprovechando también los elementos positivos del sistema que le dan certidumbre y le mantienen en una posición de estabilidad y viabilidad a medio plazo y mejorando la cobertura social de las situaciones de menor protección. Los compromisos contenidos en el Acuerdo de 2006 se recogen en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (complementada, a estos efectos, con la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción de hijo en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción –denominada ya popularmente como la «Ley del cheque-bebé»–) a través de la cual se modifican, con las finalidades señaladas, casi todas las instituciones jurídicas que afectan al marco de la acción protectora de la Seguridad Social, así como al marco regulador de las diferentes prestaciones económicas y, en especial, el de las pensiones.

En el presente trabajo se efectúa un análisis detallado de la Ley 40/2007, a través de la explicación del contenido de los diferentes artículos y demás disposiciones recogidas en

.../...

.../...

aquella, así como de sus antecedentes, de modo que se puede comprender mejor la finalidad y el alcance de la reforma, teniendo en cuenta que la contenida en la citada Ley no será la última que se cierna sobre el sistema de la Seguridad Social, sino que, en la senda indicada en 1995, aquel habrá de seguir adaptándose a las modificaciones socio-económicas que se vayan produciendo, siguiendo al efecto las indicaciones recogidas en la recomendación 15.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo, así como en la reformulación parlamentaria del mismo de 2003.

**Palabras clave:** reforma, Seguridad Social, sistema de pensiones, incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación, jubilación anticipada, jubilación parcial, viudedad, pareja de hecho, orfandad y prestaciones familiares.

# Sumario

1. Introducción.
2. Las modificaciones en la regulación y la gestión de la incapacidad temporal (IT).
  - 2.1. La situación de partida: la Reforma de 2006.
  - 2.2. Modificaciones en la determinación y reconocimiento de la prestación de IT.
  - 2.3. La extinción de la IT por el transcurso del plazo máximo.
    - 2.3.1. Regulación general.
    - 2.3.2. Aplicación de la reforma al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles.
  - 2.4. IT y desempleo.
  - 2.5. La revisión de las resoluciones adoptadas por las Mutuas en los procesos de IT.
3. Las modificaciones en el ámbito de la incapacidad permanente.
  - 3.1. Los períodos de carencia en el caso de acceso a la pensión de incapacidad permanente.
  - 3.2. El cálculo de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.
  - 3.3. Determinación de la cuantía del complemento de gran invalidez.
  - 3.4. La cuantía mínima de la pensión de incapacidad permanente total «cualificada».
  - 3.5. La protección de los trabajadores expuestos a enfermedades de carácter profesional.

4. Modificaciones en la pensión de jubilación.
  - 4.1. Los períodos de carencia en la jubilación.
  - 4.2. Medidas en torno a la jubilación anticipada.
    - 4.2.1. El acceso a la jubilación anticipada y la determinación de su cuantía.
    - 4.2.2. La mejora de las pensiones por jubilación anticipada causadas antes del 1 de enero de 2002.
  - 4.3. La jubilación anticipada por realización de actividades peligrosas, penosas o tóxicas.
  - 4.4. Adaptaciones en la regulación de la jubilación parcial.
    - 4.4.1. Los requisitos exigidos al jubilado parcial.
    - 4.4.2. Condiciones respecto del trabajador relevista.
    - 4.4.3. Aplicación de los nuevos requisitos.
    - 4.4.4. La jubilación parcial en el caso de los funcionarios públicos.
  - 4.5. Incentivos a la prolongación de la vida laboral.
    - 4.5.1. La pensión «diferida».
    - 4.5.2. La pensión diferida en el caso de los empleados públicos.
    - 4.5.3. Las bonificaciones de cuotas a favor de los trabajadores de mayor edad.
  - 4.6. La evaluación periódica del sistema de la Seguridad Social.
5. Modificaciones en la pensión de viudedad.
  - 5.1. Clases de prestaciones.
  - 5.2. Las modificaciones en la pensión de viudedad.
    - 5.2.1. Los requisitos en el acceso a la pensión de viudedad.
    - 5.2.2. La pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad.
    - 5.2.3. El acceso a la pensión de viudedad sin la existencia de matrimonio.
  - 5.3. Otras medidas en relación con la pensión de viudedad.
    - 5.3.1. La formulación integral de la pensión de viudedad.
    - 5.3.2. La pensión de viudedad en supuestos especiales.
6. Modificaciones en la pensión de orfandad.
  - 6.1. El acceso a la pensión de orfandad.
  - 6.2. Beneficiarios de la pensión de orfandad.
  - 6.3. La concurrencia de las pensiones de orfandad con pensiones de viudedad.
  - 6.4. El «crecimiento» de la pensión de orfandad ante la ausencia de pensiones de viudedad.

- 6.5. La percepción de la pensión de orfandad y el trabajo en el sector público.
- 6.6. La mejora de la cuantía de la pensión de orfandad.
7. La mejora de la protección en el ámbito de las prestaciones familiares.
  - 7.1. La deducción fiscal/prestación no contributiva de pago único por nacimiento o adopción.
    - 7.1.1. La deducción fiscal por nacimiento o adopción de hijo.
    - 7.1.2. La prestación no contributiva por nacimiento o adopción.
  - 7.2. La mejora de otras prestaciones familiares de la Seguridad Social.
  - 7.3. Otras medidas relacionadas con las prestaciones y ayudas a las familias.
8. Otras medidas protectoras.
  - 8.1. La cotización a la Seguridad Social durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.
  - 8.2. La prestación de riesgo durante el embarazo en el Régimen de Funcionarios.
  - 8.3. El complemento de vivienda aplicable a los pensionistas no contributivos.
9. Otras medidas contenidas en la LMSS.
  - 9.1. El encuadramiento de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen del Mar.
  - 9.2. La incidencia en los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra: un nuevo ejemplo de coordinación y cómputo de cotizaciones entre Regímenes de protección social.
  - 9.3. La relación laboral y de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos.
  - 9.4. La protección social de los investigadores.
  - 9.5. Trabajadores de agencias de aduanas afectados por la incorporación de España al Mercado Único Europeo.
  - 9.6. La protección social de los sacerdotes, religiosos y religiosas de la Iglesia Católica secularizados.
  - 9.7. La incidencia de la LMSS en el ámbito de la legislación de la protección de la violencia de género.

## 1. INTRODUCCIÓN

La problemática de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en las próximas décadas, que se anuncia complicada ante el envejecimiento de la población, es una cuestión que se ha venido planteando en el ámbito internacional<sup>1</sup> y también en España durante los últimos 15 años y que ha dado lugar en nuestro país a dos iniciativas políticas de enorme trascendencia<sup>2</sup>, tres grandes acuerdos sociales<sup>3</sup> y tres modificaciones de calado de la legislación de Seguridad Social<sup>4</sup>—aparte de otras de menor incidencia<sup>5</sup>— así como a una importante cantidad de estudios de la doctrina

<sup>1</sup> Por ejemplo, en la Declaración de la 28.ª Asamblea de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS)—celebrada en Beijing en septiembre de 2004— se muestra la preocupación sobre el hecho de que el envejecimiento demográfico se perciba básicamente como un desafío para la protección social, centrándose los debates sobre los costes de la Seguridad Social, lo que origina, de una parte, que prescinda de las ventajas que la Seguridad Social presenta para el desarrollo económico y social en un mundo globalizado y, de otra, que relegue a un segundo plano la cuestión del nivel de las prestaciones y, consecuencia de ello, del nivel de la protección otorgada a los individuos. Frente a tales tesis, la AISS propugna una visión más positiva y activa de la cuestión del envejecimiento que, si bien presenta desafíos, también muestra oportunidades para llevar a cabo reformas adecuadas de los mercados laborales y de los sistemas de protección social, a fin de adecuarlos a una economía global en constante evolución, garantizando la sostenibilidad a medio y largo plazo de los sistemas de Seguridad Social, posibilitando, al tiempo, una mejora de la cobertura.

El texto de la declaración citada puede analizarse en la web de la AISS ([www.issa.int](http://www.issa.int)).

<sup>2</sup> Básicamente, el Pacto de Toledo de 1995, así como su renovación parlamentaria de octubre de 2003.

<sup>3</sup> Los suscritos el 9 de septiembre de 1996, el 9 de abril de 2001 y el 13 de julio de 2006.

<sup>4</sup> Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social; 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; y 52/2003, de 10 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social.

<sup>5</sup> Como son las Leyes 13/1996, de 30 de diciembre; 66/1997, de 30 de diciembre; 50/1998, de 30 de diciembre; 55/1999, de 29 de diciembre; 14/2000, de 29 de diciembre; 24/2001, de 27 de diciembre; 53/2002, de 30 de diciembre y 62/2003, de 30 de diciembre.

y de los expertos <sup>6</sup>, en los que –según las posiciones y tendencias de partida– se analiza esa problemática, efectuándose propuestas de distinto sentido.

En este marco ha de valorarse el contenido de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS) –que se engloba en el conjunto de acuerdos de carácter social alcanzados en la presente legislatura <sup>7</sup>– y que, en grandes líneas, responde a la puesta en práctica de los contenidos recogidos en el Acuerdo de 13 de julio de 2006 <sup>8</sup>, incidiendo de esta forma en ámbitos básicos de la Seguridad Social y afectando, con mayor o menor intensidad, a la práctica totalidad de las instituciones protectoras del sistema <sup>9</sup>.

bre, todas ellas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, o las Leyes 2/2004, de 27 de diciembre; 30/2005, de 29 de diciembre, o 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para, respectivamente, los ejercicios 2005, 2006 y 2007. Asimismo, las Leyes 47/1998, de 23 de diciembre, sobre jubilación anticipada; 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social; 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; 4/2005, de 22 de abril, sobre complementos autonómicos de las prestaciones de la Seguridad Social; 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado; 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad; 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales o las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género o 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contienen medidas que afectan al ámbito de la Seguridad Social.

<sup>6</sup> Entre estas obras, pueden analizarse las siguientes: ALONSO MESEGUER, J. «La contributividad y el desequilibrio actuarial de las pensiones de jubilación en España». *Panorama Social* (3), 2.º semestre 2006; BALMASEDA M. y TELLO, P. «Impactos de cambios legislativos en las pensiones contributivas». *Servicio de Estudios BBVA*. Julio 2003; CARPIO GARCÍA, M. *El sistema de pensiones: una reforma sin fin*. Pricewaterhouse. Madrid. 2000; CONDE RUIZ, J. I. *El futuro de las pensiones en España: perspectivas y lecciones*. FEDEA. 2004; GRANADO MARTINEZ, O. «La consolidación de la Seguridad Social española: un acuerdo para el equilibrio», *Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*. MTAS. Colección Seguridad Social. N.º 30. Madrid. 2007; NAVARRO, V. «La protección social en España y su desconvergencia con la Unión Europea». Informe preparado para el Seminario *La convergencia social en España con la Unión Europea*. UIMP. Pelayo. Santander. Septiembre. 2003 ó PÉREZ DÍAZ, J. «Consecuencias sociales del envejecimiento demográfico». *Papeles de Economía Española*. N.º 104. 2005.

<sup>7</sup> Acuerdos que tienen su «guía de referencia» en la «Declaración para el Diálogo Social» suscrita en julio de 2004, en la que se hace una apuesta en orden a favorecer el logro de las mayores cotas de competitividad, estabilidad en el empleo y la cohesión social. Entre estos acuerdos pueden destacarse el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, de 21 de diciembre de 2005 (cuyo contenido se refleja en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y protección a las personas en situación de dependencia), el Acuerdo previo sobre el contenido del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (cuyo contenido se traslada a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización de los trabajadores agrarios por cuenta propia (recogido en la Ley 18/2007, de 4 de julio), el Acuerdo sobre el subsidio y la renta agraria de los trabajadores agrarios por cuenta ajena (cuyos contenidos se reflejan en los RD 200/2006, de 17 de febrero, 393/2006, de 31 de marzo y 807/2006, de 30 de junio), el Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo (cuyo contenido ha sido incorporado a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre), o el Acuerdo con las organizaciones de trabajadores autónomos (con unos contenidos reflejados en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo).

<sup>8</sup> Un análisis del Acuerdo de 13 de julio de 2006 en FERRERAS ALONSO, F. «Un acuerdo por la viabilidad del sistema público de protección social y a favor del empleo y de la competitividad». *Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*. MTAS. Colección Seguridad Social. N.º 30. Madrid. 2006; GARCÍA NINET, I. «Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social». *Tribuna Social*. N.º 187. Julio 2006; GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad social». *Temas laborales*. N.º 86. 2006; PANIZO ROBLES, J.A. «El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)». *Tribuna Social*. N.º 190 a 191. 2006 y «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: El Acuerdo sobre Seguridad Social, de 13 de julio de 2006». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 281-282. CEF. Agosto/Septiembre 2006; PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁÑEZ, R. «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social». *Actualidad Laboral*. N.º 18. Octubre 2006.

<sup>9</sup> Resultan modificadas por el contenido del Acuerdo las pensiones (en su tres clases), el subsidio de IT las prestaciones familiares, la financiación, la estructura del sistema y, por último, aspectos parciales de la gestión.

En este trabajo se pretende realizar un comentario del contenido de la LMSS destacando los aspectos novedosos del mismo, explicitando las razones de las modificaciones introducidas, así como, en su caso, analizando los posibles efectos de las mismas <sup>10</sup>.

## 2. LAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN Y LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (IT)

### 2.1. La situación de partida: la Reforma de 2006.

Dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, seguramente sea la prestación de IT <sup>11</sup> la que en la dos últimas décadas haya soportado un más amplio conjunto de medidas de reforma, tanto en lo referente a la propia regulación de la prestación, como sobre todo en el ámbito de la gestión, en orden a poder controlar <sup>12</sup> el gasto de esta prestación que, desde principios de la década de los 90, venía experimentando crecimientos espectaculares <sup>13</sup>, que han originado la aparición

<sup>10</sup> No se analizan en este trabajo dos disposiciones adicionales incorporadas a la LMSS (en su fase de tramitación parlamentaria como consecuencia de dos enmiendas aprobadas en el Pleno del Senado) que son extrañas a la materia de Seguridad Social, como son:

- La disposición adicional 31.<sup>a</sup> relativa al desarrollo reglamentario por las Administraciones Públicas de la obligación de incorporar a los accesos a los aparcamientos y garajes dispositivos que alerten al conductor de la presencia de peatones en las proximidades de la entrada y la salida a la vía pública de dichos establecimientos.
- La modificación –a través de la disp. final 5.<sup>a</sup> LMSS– de la letra e) del apartado 1 del artículo 87 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, relativa a la situación administrativa de servicios especiales por parte de los Diputados o Senadores.

<sup>11</sup> Respecto de la prestación de IT y las reformas recientes operada sobre ellas, en JOVER RAMÍREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006, y MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*. Thomson-Aranzadi. 2005.

<sup>12</sup> Un análisis reciente sobre las medidas de control de la incapacidad temporal en MUÑOZ MOLINA, J. «*La incapacidad ...*», *op. cit.* y TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. «El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica». *Revista de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 59. Madrid. 2005.

<sup>13</sup> La evolución del gasto de IT en los últimos 15 años ha sido la siguiente:

Evolución del gasto de incapacidad temporal (millones de euros) (*)							
Ejercicio	Gasto			Ejercicio	Gasto		
	Absoluto	Inc. % año anterior			Absoluto	Inc. % año anterior	
1991	3.017,02	21,31		2000	3.784,36	13,52	
1992	3.396,58	12,58		2001	4.278,29	13,05	
1993	3.349,07	- 1,40		2002	4.754,48	11,13	
1994	3.374,68	0,76		2003	5.154,21	8,41	
1995	3.375,93	0,04		2004	5.830,18	13,11	
							.../...

de un conjunto de mecanismos de control <sup>14</sup>, que no siempre han alcanzado los objetivos perseguidos <sup>15</sup>.

.../...							
1996		3.513,85		-4,09	2005	6.406,70	9,88
1997		3.316,70		-5,61	2006	6.655,68	3,89
1998		3.163,26		-4,63	2007	7.312,77	9,87
1999		3.333,63		5,39			

(\*) Los datos correspondientes a los ejercicios 1991-2005 corresponden a liquidación presupuestaria: los de los ejercicios 2006 y 2007 a presupuesto inicial.

<sup>14</sup> Dentro de estas medidas pueden destacarse las siguientes:

- El Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, sobre limitación de la cuantía de la prestación económica derivada de contingencias comunes, desde el día 4 al 20 de la baja.
- El Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio (posteriormente, Ley 28/1992, de 24 de noviembre) sobre traslado a la responsabilidad empresarial del pago de la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, desde el día 4 al 15 de la baja, ambos inclusive.
- La Ley 22/1993, de 29 de diciembre (disp. adic. 11.ª LGSS), mediante la que se autorizó a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a colaborar en la gestión de la IT, derivadas de contingencias comunes.
- La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, mediante la que (mediante la nueva redacción a la disp. adic. 11.ª LGSS) se posibilitó a las empresas a concertar la cobertura de la IT, derivada de contingencias comunes, con la entidad gestora pública o con una Mutua.
- El artículo 78 de la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que posibilitó a las entidades responsables de la gestión de la prestación acordar determinados reconocimientos y controles médicos sobre los beneficiarios de la prestación, en orden a verificar el mantenimiento de la situación de IT, al tiempo que estableció las propuestas de alta a formalizar por la entidad gestora o la Mutua ante los Servicios de Salud.
- El artículo 39 y la disposición adicional 15.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que posibilitaron, de una parte, que la entidad gestora responsable de la prestación económica de la IT expidiese, a través de los servicios médicos, altas médicas con efectos en las prestaciones económicas correspondientes; de otra, situó en la esfera de la competencia exclusiva de las Mutuas la gestión de la IT respecto de los trabajadores por cuenta propia, en alta a partir del 1 de enero de 1998.
- El artículo 44 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes para la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, extendió a los servicios médicos de las Mutuas la posibilidad de expedir altas médicas en procesos de IT, derivados de contingencias comunes, en los términos que reglamentariamente se estableciesen, disposiciones reglamentarias que no han llegado a aprobarse.
- La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableció límites a la concatenación de la IT con el desempleo, declarando como causa de extinción de la primera prestación la negativa injustificada del beneficiario a someterse a los reconocimientos médicos dispuestos por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora.
- La Orden IAS/399/2004, de 12 de febrero, ordenó que las empresas incorporadas al sistema RED utilicen dicho procedimiento para remitir a la entidad gestora o colaboradora las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja o altas que les presenten los trabajadores.
- La disposición adicional 48.ª de la Ley 30/2005 de Presupuestos Generales del Estado, que modificó las competencias gestoras respecto de los procesos de IT, una vez transcurridos los 12 meses de duración, al tiempo que modificaba la naturaleza de la prestación a conceder por el período posterior a los 18 meses de duración del proceso, en tanto se procede a la calificación de la incapacidad permanente, así como la duración de aquella prestación.

<sup>15</sup> Una síntesis de la jurisprudencia social existente sobre la prestación de IT en FERRANDO GARCÍA, F.M., GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.ª «Reseña jurisprudencial en materia de incapacidad temporal». *FORO de Seguridad Social*. N.º 12/13. Julio 2005. De los mismos autores «Reseña bibliográfica en materia de incapacidad temporal». *FORO de Seguridad Social*. N.º 12/13. Julio 2005.



En el ejercicio 2006 –y a través de la disp. adic. 48.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006<sup>16</sup>– se modificó la regulación jurídica de la prestación de IT<sup>17</sup> en los siguientes términos<sup>18</sup>:

<sup>16</sup> Que modifica, entre otros, los artículos 128 y 131 bis de la LGSS.

<sup>17</sup> Un análisis de la reforma operada por la Ley 30/2005 en FERNÁNDEZ-COSTALES, J. «La incapacidad temporal y sus mecanismos de control»; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. «Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005, de 29 de diciembre» y GRANADO MARTÍNEZ, O. «El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social» los tres trabajos en AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum. 2006; MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A. «Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)». *Relaciones Laborales*. N.º 21. 2006; PÉREZ ALONSO, M.A. «La nueva regulación de la prestación de incapacidad temporal. ¿Protección o desprotección para los trabajadores? *Aranzadi Social*. N.º 22. 2006; TORTUERO PLAZA, J.L. «Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal». En AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum. 2006 y VILLAR CAÑADA, M.ª I. «La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos». *Actuación Laboral* N.º 20. 2006.

<sup>18</sup> Las modificaciones señaladas se incorporan en buena parte a los Regímenes Especiales de Funcionarios de acuerdo al contenido de las disposiciones finales 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 en el siguiente sentido:

- La disposición final 5.<sup>a</sup> modifica el apartado 2 del artículo 20 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de la Seguridad Social del Personal al Servicio de la Administración de Justicia (aprobado por RDLeg. 3/2000, de 23 de junio) de modo que, cuando la situación de IT se extinga por el transcurso del plazo máximo de los 18 meses, se ha de proceder al examen del funcionario, en los términos y plazos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, a los efectos de la calificación del estado del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su Cuerpo o Escala y declaración de jubilación por incapacidad permanente para el servicio.

No obstante, si continua la necesidad de tratamiento médico por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales del funcionario, y así se dictamina por el EVI de la Dirección Provincial del INSS de la provincia en que tenga su domicilio el funcionario, se puede declarar el mantenimiento de la situación de IT, si bien revisable en el plazo de seis meses. La declaración del mantenimiento en la situación de IT ha de producirse dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha de extinción de aquella por el transcurso de su plazo máximo de duración, incluida su prórroga.

- Los efectos de la situación de IT se prorrogan hasta el momento de la calificación del estado del funcionario, si bien el derecho al subsidio económico se entiende extinguido por el transcurso del plazo máximo de 27 meses desde el inicio de la situación de IT (ya que durante los tres primeros meses de la baja del funcionario se mantiene al mismo en la percepción de las retribuciones con cargo al Departamento u Organismo en el que presta servicios).
- A su vez, la disposición final 6.<sup>a</sup> modifica el redactado de los artículos 20 y 21.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (aprobado por RDLeg. 4/2000, de 23 de junio) de modo que cuando hayan transcurrido 18 meses desde el inicio de la situación de IT, se ha de proceder al examen del funcionario, al objeto de la calificación de su estado como incapacitado permanente, si bien en los casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico –por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales del funcionario, y así se dictamine por el EVI respectivo– se puede declarar al interesado en la situación de IT, revisable en el plazo de seis meses, declaración que deberá llevarse a cabo en los tres meses siguientes a la fecha en que se haya cumplido el plazo de los 18 meses desde el inicio de la prestación.
- Al igual que sucede en el Régimen de los Funcionarios de la Administración de Justicia, también en el ámbito de actuación de MUFACE los efectos de la situación de IT se prorrogan hasta el momento de la calificación del estado del funcionario, con el límite de que el derecho al subsidio económico por IT se entiende extinguido al cumplirse los 27 meses desde el inicio de la situación de IT.

Un análisis de los Regímenes Especiales de los Funcionarios en BLASCO LAHOZ, F.J. *et al. Los Regímenes especiales de la Seguridad Social*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004; ESCOBAR JIMÉNEZ, J. *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*. Madrid. 1997, o LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.C. «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones». *Relaciones Laborales*. N.º 11. 2004.

- a) Si bien se mantiene la duración de la prestación en 12 meses, prorrogables por otros 6, cuando se presume que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación, sin embargo se modifica la actuación de los diferentes Organismos, una vez que el correspondiente proceso alcanza los 12 meses ya que, si con anterioridad los correspondientes partes de baja, alta o confirmación de la baja eran expedidos por los facultativos del respectivo Servicio de Salud, a partir de 2006 esa competencia pasa con tal carácter al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que la ejerce a través de los Equipos de Valoración de la Incapacidad (EVIs)<sup>19</sup> y tiene una «extensión general» de modo que no solo se aplica a los procesos de IT, cuya responsabilidad de pago corresponda al INSS, sino también a los que afectan a trabajadores en alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar<sup>20</sup> o a los procesos que recaen en la gestión de las Mutuas, con independencia de que los mismos traigan su origen en una contingencia profesional o común, dado que conforme al literal del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) el INSS «es el único (Organismo) competente»<sup>21</sup>.

La actuación del EVI, tras los 12 meses de duración de la IT, no lleva solamente al reconocimiento o denegación de la prórroga del correspondiente proceso de IT, sino que con el mismo se abre un conjunto de posibilidades, en función de la situación incapacitante del trabajador. Por ello, en razón de los reconocimientos médicos a practicar, la actuación del EVI puede desembocar en las siguientes alternativas: reconocer la prórroga de la IT; determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, en los términos contemplados en la normativa vigente<sup>22</sup> o bien, la emisión de un alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT, supuestos en los que el INSS es la única entidad competente para determinar si una nueva baja, originada en el plazo de seis meses posterior al alta médica por la misma o similar patología médica, tiene o no efectos económicos. También en estos casos, y por los motivos antes señalados, la competencia del INSS se extiende a todos los procesos de IT<sup>23</sup>, con independencia de la causa que lo haya motivado o de la entidad responsable del pago del subsidio<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Los EVIs se regulan en el Real Decreto 1300/1995, de 23 de julio, desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 18 de enero de 1996.

<sup>20</sup> Cuya gestión corresponde al ISM.

<sup>21</sup> En consecuencia, una vez agotado el plazo de duración de 12 meses de la situación de IT, el INSS y el ISM (este en el ámbito de aplicación del REM) son los únicos competentes para reconocer la prórroga expresa de dicha situación, la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o la emisión del alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT, así como para determinar si una baja médica, producida dentro del período de seis meses posteriores a la citada alta médica, por la misma o similar patología, tiene o no efectos económicos.

<sup>22</sup> Real Decreto 1300/1995 citado.

<sup>23</sup> Toda vez que la nueva competencia presupone unos medios (materiales, pero sobre todo personales, en especial respecto al incremento de los facultativos que se incorporen a los EVIs) el ejercicio de la misma no se lleva a cabo directamente con la entrada en vigor de la LPGE, pues el apartado Dos de la disposición adicional 48.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005 situó en las competencias de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del INSS, la determinación de la fecha en que los EVIs asuman la competencia señalada.

La nueva competencia que ha asumido el INSS en materia de control y seguimiento de la IT, en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/2005 viene siendo tenida en cuenta por los Juzgados y Tribunales. *Id.*, por ejemplo la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de diciembre de 2006, o las sentencias del Juzgado de lo Social n.º 1 de Segovia, de 8 de junio de 2006 o del Juzgado de lo Social n.º 1 de Palencia, de 17 de julio de 2006.

<sup>24</sup> La Resolución de 16 de enero de 2006, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, fijó en el 25 de enero de 2006 la fecha en la que determinadas Direcciones Provinciales del INSS y del ISM (Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel y

Ahora bien, en los casos de alta en el proceso de IT, la misma únicamente afectaba a la situación de la prestación económica de la Seguridad Social, sin que la actuación del INSS alterase la competencia de los Servicios de Salud en el ámbito de la asistencia sanitaria del trabajador, ni afectase a los ámbitos laborales derivados de la situación de IT<sup>25</sup>.

- b) Se condiciona la posibilidad de causar un nuevo proceso de IT, una vez agotado el período de duración máxima del mismo, cuando derive de la misma o similar causa que la anterior, ya que conforme a lo previsto en el artículo 131 bis.1 de la LGSS, una vez que se haya agotado el período de 18 meses de duración máxima de la IT, necesariamente se ha de calificar al trabajador en el plazo máximo de los tres meses siguientes, salvo que, en atención a las dolencias padecidas<sup>26</sup>, se aconseje la demora en la calificación, en cuyo caso, a través del EVI, podrá prorrogarse la duración de la IT.

Frente a la tesis jurisprudencial anterior<sup>27</sup>, se regula que, en los casos en que el derecho al subsidio se haya extinguido por el transcurso del plazo máximo y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, solo puede generarse un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología, cuando se acredite que desde el alta médica haya mediado un período de actividad laboral superior a seis meses o cuando el INSS, a través de los EVIs, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT<sup>28</sup>.

Zamora, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla) asumieron las competencias en relación con la gestión de la prestación por IT. Posteriormente, la Resolución de 28 de noviembre de 2006, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (BOE de 8 de diciembre) determinó que con fecha 15 de diciembre de 2006 se ejercen las competencias que, respecto de la IT, regula la Ley 30/2005 por las Direcciones Provinciales del INSS y del ISM que se indican (A Coruña, Álava, Alicante, Castellón, Guipúzcoa, Lugo, Murcia, Ourense, Asturias, Las Palmas, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, Valencia y Vizcaya). Por último, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 29 de noviembre de 2006 (BOE de 12 de diciembre), estableció en el 1 de enero de 2007 la fecha en que las Direcciones Provinciales del INSS y del ISM en la Comunidad Autónoma de Cataluña asumen las nuevas competencias sobre la gestión de la IT.

- <sup>25</sup> Regulados en los artículos 45 y 48 del ET, y que inciden básicamente en la suspensión del contrato de trabajo y de los derechos y obligaciones de las partes contractuales en el contrato de trabajo (como son, por parte del trabajador desarrollar su actividad y, en relación con el empresario, el abono del salario). Se mantenía en la Reforma de 2006 una regulación algo semejante a las altas reguladas en el artículo 39 de la Ley 66/1997, desarrollado por el Real Decreto 1117/1998. Un análisis de estas modificaciones normativas en PANIZO ROBLES, J.A. «De nuevo el control de la incapacidad temporal (A propósito del Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 185-186. CEF. Agosto/Septiembre 1998.
- <sup>26</sup> Generalmente, como consecuencia de la necesidad de pruebas médicas u operaciones quirúrgicas.
- <sup>27</sup> A veces, agotado el período máximo de duración de la IT, se resuelve que el trabajador no está afecto de dolencias incapacitantes de naturaleza permanente, con el consiguiente alta en el proceso anterior; sin embargo, casi inmediatamente, se vuelve a causar un nuevo proceso, por las mismas dolencias que el proceso anterior. En esta situación, la entidad gestora denegaba el proceso, al entender que se trataba de uno nuevo, por lo que era necesario que se acreditase un período de 180 días de cotización, posteriores al alta médica, tesis que venía siendo denegada por la jurisprudencia unificada para la que da derecho a una nueva prestación un brote de una misma enfermedad después de haber agotado el período máximo de 18 meses con el solo requisito de acreditar 180 días cotizados en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de efectos de la nueva IT. En una reiterada doctrina iniciada en la STS de 20 de febrero de 2002 y reiterada por las SSTs de 22 de febrero de 2002, 28 de octubre de 2003 y 30 de abril de 2004.
- <sup>28</sup> En estos supuestos, también surge la duda sobre si en estos casos la competencia de los EVIs se extiende a todos los procesos de IT, cualquiera que sea su origen o la entidad responsable del pago del subsidio. Se entiende que la solución debe ser afirmativa, teniendo en cuenta que los EVIs están adscritos en exclusividad al INSS.

- c) Por último, se modificaron los supuestos de las consecuencias en la demora de la calificación, cuando se opte por no calificar al trabajador en el plazo de los tres meses siguientes al agotamiento, por transcurso de los 18 meses, del subsidio de IT <sup>29</sup> ya que si se precisa la continuidad en el tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador, se ha de valorar y calificar la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses, sin que, para el reconocimiento de esta pensión temporal de seis meses, se exija un período de cotización distinto al establecido para la IT <sup>30</sup>.

## 2.2. Modificaciones en la determinación y reconocimiento de la prestación de IT.

El Acuerdo de 2006 preveía la realización de los correspondientes estudios de la regulación jurídica y de las modalidades de gestión de la IT, con la finalidad de delimitar más, precisamente, las funciones y responsabilidades de los Servicios de Salud y de las entidades responsables de la prestación económica, a fin de evitar que, ante supuestos de diagnósticos diferentes de los facultativos de los Servicios de Salud y los adscritos al INSS puedan producirse situaciones de desprotección del trabajador.

La finalidad de este *desideratum* es la de evitar los conflictos que se producen cuando causada un alta en un proceso de IT, en razón de las competencias que se le atribuyen, sin embargo, con posterioridad, el facultativo del Servicio de Salud emite una nueva baja médica, de forma que existen dos opiniones enfrentadas respecto de la capacidad del interesado para reincorporar-

---

La previsión del artículo 131 bis de la LGSS –en la redacción anterior al 1 de enero de 2006– únicamente hacía referencia a que esa calificación de la incapacidad permanente «pueda demorarse», sin que la misma, ni las normas de desarrollo (RD 1300/1995, de 21 de julio, o la Orden de 18 de enero de 1996) hubiesen establecido quién era órgano competente para acordar esa demora, o los requisitos para proceder a la misma, laguna que se completa con las previsiones del artículo 7.3 del Real Decreto 575/1997 al requerir preceptivamente que conste un dictamen médico de los servicios médicos adscritos al INSS, que contenga de forma expresa la conveniencia de no proceder a la calificación de la incapacidad, sino demorar la misma, atendiendo a las causas previstas en la LGSS (situación clínica del interesado y necesidad de continuar con el tratamiento médico prescrito).

<sup>29</sup> La Mutua no puede impugnar la prórroga de la IT más allá de los 18 meses y la declaración de aptitud que pueda llevar a cabo el INSS, en base a las competencias legalmente atribuidas (STSJ de Cataluña –Sala de lo Social– de 13 de julio de 2005).

En relación con los casos en que la IT esté concertada con una Mutua, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 16 de enero de 2006, establece que cuando la cobertura de la IT derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la Mutua correspondiente efectuará ante el INSS o ante el ISM, en este caso en el ámbito del REM, una propuesta para reconocer la prórroga expresa de dicha situación, la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o la emisión del alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT, así como para determinar si una baja médica, producida dentro del período de seis meses posteriores a la citada alta médica, por la misma o similar patología, tiene o no efectos económicos en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.

<sup>30</sup> Respecto de la IT en los diferentes Regímenes de la Seguridad Social, *vid.*, CAVAS MARTÍNEZ, F. «La prestación de la incapacidad temporal en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social» y MIRALLES CRESPO, E. y SENDÍN BLÁZQUEZ, A. «Altas y cotización en los diferentes Regímenes de la Seguridad Social durante la incapacidad temporal por contingencias comunes». Ambos en *FORO*. N.º 12/13. 2005.

se al trabajo, con la consiguiente repercusión en su derecho a prestaciones sociales y en cuanto a su situación laboral <sup>31</sup>.

En tal sentido, el artículo 1 de la LMSS modifica el artículo 128 de la LGSS, con el objetivo de evitar que en el tiempo subsistan dos bajas médicas sobre un mismo proceso de IT, a cuya finalidad se establece un procedimiento específico, que, sin menoscabo de las competencias de la entidad gestora para decidir la finalización de un proceso de IT al entender que el interesado puede reincorporarse al trabajo (sin inmiscuirse en los ámbitos de la recuperación de la salud, que compete a los correspondientes facultativos de los Servicios de Salud) le permite reconsiderar su decisión si así lo estima procedente la inspección médica del correspondiente servicio de salud, quien, a instancias del trabajador, deberá manifestar su opinión ante la entidad gestora, efectuando una propuesta fundamentada. La entidad gestora, a la vista de esta propuesta, debe pronunciarse nuevamente, esta vez con carácter definitivo, reconociendo al interesado la prórroga de su situación de IT o confirmando el alta médica, cuyos efectos ya no se limitan al ámbito estricto de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, sino que se extienden a los aspectos laborales.

En consecuencia, manteniendo la regulación anterior respecto a que tras el transcurso de los 12 meses <sup>32</sup> de duración del correspondiente proceso de IT, el INSS, a través de los EVIs, es la única entidad competente para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, en orden a reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más; para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente <sup>33</sup>; para emitir una nueva baja médica en la situación de IT cuando aquella se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología o para expedir el alta médica, se incorporan las siguientes novedades:

<sup>31</sup> Hay que tener en cuenta que –hasta la Reforma de 2007 y como se ha indicado anteriormente– el alta expedida por los facultativos del INSS únicamente surtía efectos en la prestación económica de la Seguridad Social, por lo que es posible que, simultáneamente a esa alta médica, desde los Servicios de Salud se emitiese una baja médica –o se mantuviese la emitida anteriormente– con lo que el trabajador no podría reanudar su actividad –con la consiguiente pérdida de los salarios– aunque, como consecuencia del alta producida por el INSS, se le hubiese extinguido la prestación económica de la Seguridad Social.

<sup>32</sup> La modificación legal no incide en la posibilidad de que, antes de que el proceso de IT alcance los 12 meses, el INSS o la Mutua planteen ante los Servicios de Salud las correspondientes propuestas de alta. En los términos previstos en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril. Un análisis de estas disposiciones en PANIZO ROBLES, J.A. «El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 4. Madrid. 1997.

Asimismo, el INSS –antes del transcurso del período de 12 meses del correspondiente proceso de IT– podrá expedir un alta a los exclusivos efectos de la prestación económica de la Seguridad Social, en los términos establecidos en el artículo 131 bis de la LGSS (en la redacción incorporada por el art. 39 Ley 66/1997 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y en el Real Decreto 1117/1998.

Frente a lo que sucede con las propuestas de alta respecto de las que las Mutuas pueden plantearlas directamente ante los Servicios de Salud, sin embargo carecen de esta facultad en relación con las altas médicas, en las que únicamente pueden plantear la correspondiente iniciativa ante el INSS, siendo esta entidad la competente para expedirlas en los términos reflejados en el Real Decreto 1117/1998, ya que, aunque el artículo 44 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, extendió la facultad de expedir altas, en los procesos de IT derivados de contingencias comunes y a los efectos exclusivos de la prestación económica de la Seguridad Social, a las Mutuas, sin embargo, condicionó el ejercicio de esa facultad a los términos que se estableciesen reglamentariamente, sin que, a pesar del tiempo transcurrido, se hayan aprobado las correspondientes disposiciones reglamentarias.

<sup>33</sup> Sin que se le reconozca a la Mutua legitimación para reclamar en vía previa la decisión de la entidad gestora de prorrogar la situación de IT, en vez de proceder a la calificación del trabajador. *Vid.*, Criterio Jurídico de Gestión. INSS 2007/16.

- a) La de mayor calado radica en los efectos del alta expedida por el INSS, a través de los facultativos adscritos a los EVIs. Si en la legislación anterior la baja o el alta médica expedida por el INSS únicamente operaba en el ámbito de la prestación económica de la Seguridad Social, por el contrario en la modificación operada en la LMSS dichas baja o alta despliegan sus efectos más allá del estricto campo de la Seguridad Social, para trasladarse al ámbito laboral, generando los derechos/obligaciones del trabajador de ausentarse del trabajo o reanudar su presencia en el mismo, si bien para que tenga tales efectos se ha de seguir el procedimiento establecido en el artículo 1 de la LMSS, que prevé la intervención de los Servicios de Salud, cuando el interesado no se aquiete a la resolución del INSS y se dirija a tales Servicios, en el modo que se indica en los apartados siguientes.
- b) Si el trabajador está conforme con la resolución del INSS, el alta médica despliega sus efectos tanto en los ámbitos laborales<sup>34</sup>, como en los de Seguridad Social<sup>35</sup>; por el contrario, si se muestra disconforme con aquella, puede, en el plazo máximo e improrrogable de cuatro días naturales<sup>36</sup>, manifestar dicha disconformidad ante la Inspección Médica –u órgano equivalente– del Servicio Público de Salud<sup>37</sup>.

En tales casos, la actuación de la Inspección Médica puede ser la siguiente:

- Confirmar la decisión de la entidad gestora, dentro de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la expedición de la resolución de la última.
- No emitir pronunciamiento alguno, en el citado plazo, en cuyo supuesto la resolución de la entidad gestora adquiere plenos efectos, extinguiendo la situación de IT a los efectos laborales y de Seguridad Social.
- Discrepar de la actuación de la entidad gestora, proponiendo, dentro del plazo máximo de los siete de días naturales siguientes al plazo que tiene el trabajador para formular su disconformidad, la reconsideración de la decisión del INSS, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. En estos casos, la entidad gestora ha de pronunciarse de forma expresa, en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que ha de ser comunicada de igual forma a la Inspección Médica.

<sup>34</sup> Reanudando los derechos y obligaciones del trabajador y el empresario.

<sup>35</sup> Extinguiendo la correspondiente prestación económica.

<sup>36</sup> En el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno –con el acuerdo previo de las organizaciones sociales firmantes del Acuerdo de 13 de julio de 2006– el plazo se situaba en tres días, período que fue ampliado a cuatro, fruto de la aprobación en el Congreso de los Diputados, de una enmienda transaccional respecto de las enmiendas presentadas por diferentes Grupos Parlamentarios. Las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados pueden analizarse en el Boletín de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. N.º 126, de 5 de junio de 2007.

<sup>37</sup> Nótese que la norma legal únicamente alude a que el trabajador manifiesta su oposición ante la Inspección Médica, sin que se efectúe ninguna precisión sobre si ha de comunicar dicha oposición a la entidad gestora. No obstante esta ausencia normativa, la lógica impone que el trabajador comunique, de igual modo, la oposición al INSS, a efectos del control de la prestación. Es de esperar que en las disposiciones reglamentarias a las que alude el nuevo redactado del artículo 128.1 de la LGSS se incorpore dicha obligación.

Si el INSS, en función de la propuesta formulada, reconsidera el alta médica, se ha de reconocer al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos; si por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión <sup>38</sup>, solo se prorroga la situación de IT hasta la fecha de la última resolución. Además, en todos los supuestos, durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considera prorrogada la situación de IT.

- c) La disposición final 4.<sup>a</sup> de la LMSS –siguiendo la regulación anterior– prevé que por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del INSS, y mediante resolución publicada en el «Boletín Oficial del Estado», se determine la fecha a partir de la cual aquella asuma las nuevas funciones atribuidas.
- d) Por último, se prevé <sup>39</sup> que en el desarrollo reglamentario de la modificación legal, se regule la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo (básicamente, al trabajador y a los Servicios de Salud) con la obligación expresa de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten <sup>40</sup>.

## 2.3. La extinción de la IT por el transcurso del plazo máximo.

### 2.3.1. Regulación general.

El apartado dos del artículo 1.<sup>a</sup> de la LMSS modifica <sup>41</sup> parcialmente el contenido de la reforma operada en el ejercicio 2006, en lo que respecta a la extinción de la IT, una vez que ha transcurrido el plazo de 18 meses desde su iniciación.

En tales supuestos, y cuando la IT se haya agotado por el transcurso del plazo de 18 meses, se ha de examinar necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efec-

<sup>38</sup> El nuevo artículo 128 a) de la LGSS exige que, en la reafirmación de la decisión inicial, el INSS ha de aportar las pruebas complementarias que fundamenten aquella.

<sup>39</sup> La previsión de regular reglamentariamente las comunicaciones a la empresa y trabajadores que se expidan en el ámbito de la IT [último párrafo del art. 128.1 a) LGSS] –en la redacción dada por el art. 1 LMSS– proviene de la incorporación, en el Congreso de los Diputados, de la enmienda n.º 157 del Grupo Parlamentario Popular. *Vid.* el Boletín del Congreso mencionado en la nota 36.

<sup>40</sup> Sobre el control de la IT, *vid.* entre otras las obras de FERNÁNDEZ-COSTALES, J. «La incapacidad temporal y sus mecanismos de control». En AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum, 2006; GARCÍA VIÑA, J. «La relación entre el absentismo laboral y el control de la incapacidad temporal». En AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum, 2006; IGARTUA MIRÓ, M.T. «El control de la incapacidad temporal por el empresario: apuntes sobre su justificación y límites». En AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum, 2006; LÓPEZ FERNANDEZ, M. «Dinámica y gestión de la Incapacidad Temporal» en obra colectiva de AA.VV. (Coordinador BLANCO MARTÍN, J.M.). *La Incapacidad laboral. Un punto de vista práctico*. Edit. Lex Nova, 2004, o MONTOYA MELGAR, A. «El poder de dirección del empresario (En torno al artículo 20)». En AA.VV. «El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º 100. 2000.

<sup>41</sup> A través de la nueva redacción del apartado dos del artículo 131 bis de la LGSS.

tos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda<sup>42</sup>. Sin embargo, en los supuestos en que continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado haga aconsejable demorar la citada calificación, esta puede retrasarse por el período preciso, que en ningún caso rebase los 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la IT.

Es decir, que desaparece la prestación de «incapacidad permanente provisional» (establecida en la reforma de 2006) para volver a la situación anterior a la misma, de forma que, en los supuestos de demora de la calificación, se prorrogan los efectos de la IT, si bien por un período máximo de seis meses –y no de 12 meses, como sucedía en la normativa anterior–. De igual modo, se mantiene la regulación anterior consistente en que tras el agotamiento de la IT no subsiste la obligación de cotizar.

En síntesis y con la reforma operada en la LMSS, la situación de los procesos de IT quedaría configurada de la siguiente forma:

- a) La duración *ordinaria* del proceso, hasta los 12 meses desde la baja inicial.
- b) Una *segunda fase*, desde los 12 meses, a partir de los cuales cabe la prórroga expresa (en los supuestos a que se refiere el art. 128 LGSS) y hasta los 18, como máximo.
- c) Una *tercera*, desde los 18 a los 21 meses, período en los que ha de proceder al examen clínico del trabajador en orden a la calificación de su situación incapacitante, período en el que, a pesar de haberse extinguido la prestación de IT, se mantienen los efectos económicos de la misma hasta el momento de reconocimiento, en su caso, de la incapacidad permanente<sup>43</sup>.
- d) Una *cuarta y última*, desde los 21 a los 24 meses, cuando en los tres meses anteriores haya quedado acreditada la necesidad de demorar la calificación de la incapacidad permanente, al existir la necesidad de continuar el tratamiento médico. En este período, también se procede a la prórroga de los efectos económicos de la IT.

### 2.3.2. Aplicación de la reforma al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles.

La disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LMSS<sup>44</sup> traslada la reforma al ámbito del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado –a través de la modificación de los arts. 20.2 y 21.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado– de modo que

<sup>42</sup> En la redacción anterior del artículo 131 bis.2 de la LGSS, el examen médico de la situación del trabajador por agotamiento de la IT por transcurso del período máximo operaba tanto en los supuestos en que dicho período fuese de 12 meses o de 18. En la redacción de dicho precepto (conforme al art. 1 LMSS) se limita a los casos en que el agotamiento de la IT se haya producido por el transcurso del período de 18 meses del correspondiente proceso.

<sup>43</sup> Con los efectos señalados en el apartado 3 del artículo 131 bis de la LGSS.

<sup>44</sup> La disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LMSS –así como su disp. trans. 1.<sup>a</sup>– se incorporan en el texto de la Ley como consecuencia de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción, respecto a la enmienda n.º 123 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín del Congreso mencionado en la nota 36.



cuando la situación de IT del funcionario se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido, se ha de proceder al examen de la misma en los términos y plazos establecidos en el Régimen General al objeto de la correspondiente calificación del estado del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su Cuerpo o Escala y la consiguiente declaración de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Por ello, en los supuestos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del funcionario con vistas a su reincorporación al servicio, la situación clínica del interesado haga aconsejable demorar la calificación, y así se haya dictaminado por el EVI de la provincia en que tenga su domicilio aquel, dicha calificación pueda retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso rebasará los 24 meses siguientes desde la fecha en que se haya iniciado la situación de IT.

En todo caso, el derecho al subsidio económico por IT se entiende extinguido por el transcurso del plazo máximo de 24 meses desde el inicio de la situación de IT <sup>45</sup>.

## 2.4. IT y desempleo.

En base a las previsiones contenidas en el Acuerdo de abril de 2001 (respecto a la adopción de medidas que evitasen la concatenación indebida de las prestaciones de IT y de desempleo) el artículo 34.Diez de la Ley 24/2001, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, procedió a modificar el artículo 222 de la LGSS <sup>46</sup> del modo siguiente:

- a) En los supuestos de extinción del contrato de trabajo, encontrándose el trabajador en la situación de IT, el interesado continua en la percepción de la prestación de IT, si bien en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga la situación de incapacidad, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. Ahora bien, el período de percepción de la prestación de IT, desde la fecha de la extinción de la relación laboral, se descuenta del período de percepción de la prestación por desempleo <sup>47</sup>.

<sup>45</sup> La disposición transitoria 1.ª de la LMSS contempla el mantenimiento de la regulación anterior, en lo que se refiere a procesos de IT iniciados con anterioridad a la vigencia de la misma, en el ámbito del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de modo que los funcionarios que, a la fecha indicada, hubiesen superado el mes 21 posterior al inicio de la situación de IT, pueden seguir percibiendo la correspondiente prestación, con cargo a MUFACE, hasta el mes 27 ó 30, ambos inclusive, según corresponda, siéndoles de aplicación, bien los artículos 20 y 21 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en su redacción anterior a la Ley mencionada, bien la disposición transitoria 6.ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

<sup>46</sup> Sobre el contenido del artículo 222 de la LGSS, en la redacción anterior a la LMSS. *Vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H. «La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222» en *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS. Informes y Estudios. Relaciones Laborales. Madrid. 2004, o BARCELÓ COBEDO, S. «El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo». *Temas Laborales*. N.º 66/2002.

<sup>47</sup> En correspondencia con ello, el Servicio Público de Empleo Estatal efectúa las cotizaciones a la Seguridad Social, por el período coincidente, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido.

- b) En lo que se refiere al acceso a la prestación de IT, cuando el trabajador se encuentra en la situación legal de desempleo y percibiendo la correspondiente prestación, el artículo 222.3 de la LGSS diferencia según cuál sea la naturaleza del proceso que da lugar al pase a la situación de incapacidad, ya que si el trabajador está percibiendo la prestación de desempleo total y pasa a la situación de IT, que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continúe en situación de IT una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por IT en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.

Por el contrario, cuando el pase de la situación del desempleo total a la situación de IT derive de un proceso que no constituya recaída de un proceso anterior, iniciado antes de la extinción del contrato de trabajo, percibirá la prestación por la última de las contingencias señaladas en cuantía igual a la prestación por desempleo. Ahora bien, y frente a lo que sucede en el caso anterior, si el interesado permanece en la situación de IT una vez finalizado el período de duración establecido para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extras, es decir, que en estos casos la prestación de IT pasa a tener el mismo importe que el subsidio asistencial por desempleo.

En esta materia, el artículo 8 de la LMSS (llevando al ordenamiento jurídico las previsiones del Acuerdo) procede a modificar el artículo 222 de la LGSS, de forma que la concatenación entre la IT y el desempleo, cuando la primera deriva de una contingencia profesional<sup>48</sup>, se desenvuelve de la siguiente forma:

- a) Si a un trabajador estando en IT, cuyo proceso haya derivado de un accidente de trabajo o de una enfermedad de origen profesional, se le extingue el contrato de trabajo permanece en la situación de incapacidad hasta que se origine una causa de extinción del proceso, sin que la finalización de la relación laboral tenga incidencia en la cuantía de prestación. Durante el período de IT, posterior a la extinción del contrato de trabajo, no existe la obligación de cotizar.

Una vez extinguida la incapacidad el trabajador podrá acceder a la prestación por desempleo, si reúne los requisitos exigidos, por el tiempo a que dé lugar en función del período de ocupación cotizado anterior, y sin que tenga incidencia alguna la duración del proceso de IT.

- b) Además, en los casos de encadenamiento entre la extinción del contrato de trabajo y la prestación de IT derivada de contingencias comunes se mantiene la regulación actual, de modo

---

Si el período de IT es mayor que el que le correspondería de desempleo, sin que, en consecuencia, el trabajador pase a esta contingencia, los criterios administrativos venían negando la obligación del Servicio Público de Empleo Estatal de cotizar a la Seguridad Social.

<sup>48</sup> Ya que dicha concatenación, cuando la IT deriva de una contingencia común, mantiene su regulación en los términos expuestos.

que, producido el cese en el trabajo el interesado sigue en IT, percibiendo la correspondiente prestación de la Seguridad Social (si bien en la cuantía de desempleo) hasta que se extinga esta, pasando entonces, si reúne los requisitos exigidos, a la situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación, si bien el período de IT, posterior a la extinción del contrato de trabajo, «consume» prestación por desempleo, por lo que, por dicho período, el Servicio Público de Empleo Estatal ha de efectuar las correspondientes cotizaciones, incluida la aportación del trabajador <sup>49</sup>.

- c) Ahora bien y conforme a la regulación anterior a la LMSS, la obligación de cotizar no se extendía a los supuestos en los que, por haber superado el período de IT –posterior al cese en la actividad– al período que correspondiese, en razón de las cotizaciones, por protección por desempleo, no se entraba en la situación legal de desempleo o, cuando pudiendo hacerlo, no se solicitaba la prestación <sup>50</sup>, surgiendo de este modo una «laguna de cotización» que podía afectar al acceso a la prestación (en los casos en que afectase a la acreditación del período de cotización exigido para la correspondiente prestación) o a la cuantía de la misma.

Para solucionar este problema, el artículo 8 de la LMSS completa el apartado 1 del artículo 222 de la LGSS, de modo que la obligación de cotizar, por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, se extiende no solo a los supuestos en que, producida el alta en la IT, el interesado, tras pasar a la situación legal de desempleo, percibe la prestación, sino también a los casos en que no se percibe la misma (por haber superado el período de IT tras el cese en el trabajo, el período correspondiente a la prestación por desempleo) o, pudiendo disfrutar de la prestación, no se solicita aquella <sup>51</sup>.

## 2.5. La revisión de las resoluciones adoptadas por las Mutuas en los procesos de IT.

Desde hace varias décadas, y de forma paulatina <sup>52</sup>, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Mutuas) han venido teniendo una presen-

<sup>49</sup> Ha de tenerse en cuenta que, si bien por los períodos de IT posteriores a la extinción del contrato de trabajo no existe la obligación de cotizar, sí existe dicha obligación en lo que se refiere al período de prestación por desempleo, por lo que si el período de IT posterior al cese en la actividad consume desempleo, es lógica la obligación de que el Servicio Público de Empleo Estatal cotice a la Seguridad Social.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en los casos en que, tras el alta en la IT el interesado pasaba a ocupar una actividad o, en su caso, fallecía.

<sup>51</sup> La redacción originaria del artículo 222 de la LGSS, contenida en el Proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social, fue objeto de modificación en la tramitación de la misma, como consecuencia de la aprobación, por el Pleno del Senado, de la enmienda n.º 89 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Las enmiendas al texto del Proyecto de Ley presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios en el Senado pueden analizarse en el Boletín del Senado, Serie II, N.º 118, de 16 de octubre de 2007.

<sup>52</sup> Esta presencia paulatina de las Mutuas en la gestión de la IT tiene como puntos referenciales, entre otros:

- La Ley 4/1990, de 30 de junio, que amplió el «campo de actuación» de las Mutuas en la gestión de las contingencias profesionales, eliminando las trabas que anteriormente tenían las empresas para poder optar entre la Mutua y la entidad gestora, a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores asociados a la empresa.

cia cada vez más acusada en la gestión de la IT, de forma que, en la actualidad, es mayoritaria su intervención en esta prestación del sistema de la Seguridad Social <sup>53</sup>.

En paralelo a ese proceso, las funciones y facultades de las Mutuas sobre la gestión de la IT se han ido equiparando a las de la entidad gestora <sup>54</sup>, de forma que, con carácter general <sup>55</sup>, la Mutua ostenta las mismas competencias que la entidad gestora, con las siguientes limitaciones:

- a) No están facultadas para expedir altas médicas, a los efectos de la prestación económica de la Seguridad Social, en los procesos de IT derivados de contingencias comunes <sup>56</sup>.
- b) Tras el transcurso de 12 meses del correspondiente proceso de IT, el control médico-administrativo del mismo corresponde en exclusiva al INSS, en los términos regulados en el artículo 128 de la LGSS (con el contenido y alcance reflejados en el apartado 2.2).

- La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que posibilitó a los trabajadores por cuenta propia que hubiesen optado por dar cobertura, en el marco de la acción protectora dispensada, que eligiese, a efectos de la gestión de la prestación, entre las entidades gestoras y una Mutua.
- La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que limitó a la elección entre las Mutuas (sin que cupiese la misma a favor de la entidad gestora) respecto de la gestión de la IT de los trabajadores por cuenta propia, que se hubiesen dado de alta a partir del 1 de enero de 1998.
- La ampliación de la obligación de los autónomos de incorporar, en el ámbito de la acción protectora, la prestación de IT, en los términos establecidos en la Ley reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Sobre la gestión de la IT por parte de las Mutuas, *vid.*, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. «Breves notas respecto de la gestión y el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal (o sobre cómo las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pretenden arrogarse derechos que no les corresponden)» *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N.º 83. 2006; ARETA MARTÍNEZ, M. «Alcance de la facultad de las Mutuas para controlar la situación de incapacidad temporal y acordar la suspensión del subsidio correspondiente. Ámbito: trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario». *Aranzadi Social*. N.º 1. Mayo 2006; COLLADO GARCÍA, L. «Reducción paulatina de la protección de incapacidad temporal y su privatización progresiva a través de las Mutuas. Repercusiones en la prestación por desempleo». *Social. Mes a Mes*. N.º 94. Madrid. 2004; PAREDES RODRIGUEZ, J.M. «Incompetencia de la Mutua para extinguir el subsidio por incapacidad temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena». *Actualidad Laboral*. N.º 8. Abril 2007; RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. «La competencia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de suspensión del derecho a la prestación por incapacidad temporal por prestar servicios por cuenta ajena o propia». *Aranzadi Social*. Mayo 2004, o SEMPERE NAVARRO, A. y TORTURERO PLAZA, J.L. «Dos apuntes sobre las mutuas patronales y su gestión de la IT». *FORO de Seguridad Social*, N.º 12/13. Julio 2005.

<sup>53</sup> Según los datos de la Seguridad Social de los 17,6 millones de trabajadores con derecho a la percepción de IT, cerca de 10 millones (el 57%) correspondía a personas respecto de las que la gestión de la prestación corresponde a las Mutuas.

<sup>54</sup> En lo que corresponde a las prestaciones derivadas de una contingencia común (es decir, originadas por una enfermedad común o por un accidente no laboral) ya que en relación con las prestaciones derivadas de una contingencia profesional, la Mutua ostenta todas las competencias al residenciarse en ella, aparte de las funciones relativas al reconocimiento de la prestación, pago de la misma y su control, las relativas al control sanitario, en razón del cual los servicios médicos de las Mutuas son los competentes para la expedición de las bajas, de continuación de las bajas o de las altas médicas en los correspondientes procesos.

<sup>55</sup> Y de forma expresa, como reconoce el artículo 80 del Reglamento de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social por parte de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995 (en adelante, RMUT). *Id.*, RUIZ LARREA ARANDA, P. «Las funciones atribuibles a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 4. Madrid. 1997.

<sup>56</sup> Como se ha indicado, solamente pueden plantear ante el INSS las correspondientes iniciativas de alta, en los términos contemplados en el Real Decreto 1117/1998.

- c) El INSS está facultado para la determinación de la contingencia de la que deriva la IT, aunque la gestión de la misma corresponda a la Mutua <sup>57</sup>.
- d) No pueden adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión en el abono de la prestación, en los términos contemplados en la disposición adicional 17.<sup>a</sup> bis de la LGSS <sup>58</sup>, cuando haya un incumplimiento, por parte del beneficiario de la prestación, de la obligación de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones, documentos o justificantes de la situación de IT, cuando a ello sea requerido o afecten a la conservación del derecho, puesto que la mencionada disposición adicional únicamente refiere la competencia a la entidad gestora, sin que, dada la limitación del derecho que la misma encierra, puede entenderse ampliada a la Mutua.
- e) Por último, le está vedada a la Mutua la posibilidad de sancionar <sup>59</sup> las conductas indebidas o fraudulentas de los perceptores de IT, ya que esta función únicamente puede predicarse de los Organismos Públicos <sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Aunque una primera línea jurisprudencial del TS (STS de 8 de octubre de 1997) negaba dicha posibilidad al INSS, a partir de la STS de 26 de enero de 1998 (Sala General) el INSS puede determinar la contingencia de la que deriva la IT, aunque se trate de procesos gestionados por la Mutua. Esta facultad procede aunque haya una primera del INSS que se revisa posteriormente (*vid.* SSTS, de 26, 27 y 28 de enero, 26 de febrero, 6 de marzo, 28 de abril, 12 de noviembre y 1 de diciembre, todas ellas de 1998; y 26 de enero, 19 de marzo y 23 de noviembre de 1999).

No obstante, el Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo (de modificación de determinados preceptos del RMUT) estableció la competencia de las Mutuas para la expedición de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción, en los procesos de IT, todo ello previa determinación de la contingencia causante y en los términos establecidos en la normativa reguladora del Régimen de la Seguridad Social aplicable. No obstante, esta previsión fue modificada por el artículo 7 del Real Decreto 1041/2005 (mediante la nueva redacción del art. 61.2 RMUT) volviendo a residenciar en el INSS la competencia para la determinación de la contingencia de la que deriva la IT.

Un análisis del contenido del Real Decreto 1041/2005, en PANIZO ROBLES, J.A. «Últimas modificaciones de la Seguridad Social (A propósito del Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que modifican diversos ámbitos de la Seguridad Social y de otras disposiciones reglamentarias)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 271. CEF. Octubre 2005.

<sup>58</sup> Incorporada por el artículo 36 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Un análisis del alcance de esta disposición en PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento, así como al Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 227. CEF. Febrero 2002 y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Los reajustes de la Seguridad Social en 2001-2002: croquis para iniciados». *Aranzadi Social* N.º 21. Marzo 2002.

<sup>59</sup> FERREIRA REGUEIRO, C. «Sobre la potestad sancionadora de las Mutuas en la gestión del subsidio de incapacidad temporal». *Aranzadi Social*. N.º 3. Junio 2007.

<sup>60</sup> Como señalan las SSTS de 5 y 9 de octubre de 2006.

En este sentido, el artículo 34.Uno de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificó el apartado b) del artículo 47.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) precisando que las infracciones graves se sancionarán con la pérdida de la prestación o pensión durante un periodo máximo de tres meses, salvo en los casos de los números 2 y 3, tanto en lo que se refiere a las prestaciones por desempleo, como (y esa fue la novedad incorporada) en la IT, en los que la sanción pasaba a estar constituida por la extinción de la prestación.

Con la modificación legal, la incomparecencia no justificada a los reconocimientos médicos puede dar lugar a la extinción de la IT por dos vías: por aplicación directa del artículo 131 bis de la LGSS, es decir, sin tener que abrir un expediente sancionador y por la vía de la sanción, mediante la apertura de un procedimiento sancionador (que corresponde tramitarlo a la respectiva Dirección Provincial de la Entidad Gestora, a iniciativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), tras la tipificación de la conducta infractora.

La Mutua no puede hacer uso de las facultades sancionadoras, sin embargo sí puede extinguir la prestación de IT, en base a las previsiones del artículo 131 bis.1 de la LGSS, por incomparecencia del beneficiario de la prestación al reconocimien-

En el ámbito de la gestión de las Mutuas, una de las cuestiones más debatidas es la revisión de los actos dictados por ellas, así como si la impugnación de las mismas viene precedida del planteamiento o no de la correspondiente reclamación previa, cuestión esta a la que ha de responderse negativamente ya que este trámite previo no está recogido de forma expresa en el ordenamiento jurídico.

El artículo 42 de la Ley 24/2001 dio nueva redacción al artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral <sup>61</sup> (LPL) sobre las demandas en el ámbito de la Seguridad Social, con la finalidad de solventar la problemática que, en la regulación anterior, se residenciaba en el ámbito de la reclamación previa a la demanda en el orden jurisdiccional social, contra las resoluciones de las entidades de la Seguridad Social, estableciendo de forma expresa y como requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora o servicio común de la seguridad social correspondiente, precisando que si la resolución que se recurre ha sido dictada por una Mutua en los ámbitos en que las mismas ostentan facultades de reconocimiento del derecho, el interesado puede efectuar reclamación previa, si tales entidades resultan competentes, ante la gestora o el servicio común <sup>62</sup>.

En este ámbito, la disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>63</sup> da un paso más allá al prever que reglamentariamente ha de regularse el procedimiento administrativo de revisión <sup>64</sup>, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de IT.

### 3. LAS MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Las modificaciones que la LMSS incorpora en el ámbito de la incapacidad permanente afectan al acceso a la prestación (en lo que se refiere a la determinación de los períodos de carencia) y al cálculo de la prestación (tanto con carácter general, cuando la incapacidad permanente deriva de

---

to médico que la hayan prescrito los servicios médicos de la colaboradora (*vid.*, STS de 4 de marzo de 2007). Un breve análisis del contenido de esta última sentencia en MARÍN CORREA, J.M. «Suspensión del subsidio de incapacidad temporal por la mutua aseguradora [Comentario a la STS (4.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2007]». *Actualidad Laboral*. N.º 14. Julio 2007.

<sup>61</sup> Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

<sup>62</sup> En el Boletín Oficial del Estado, del día 22 de septiembre de 2007, se publica la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 19 de septiembre, mediante la que se ordena que todos los expedientes de IT y de muerte y supervivencia en los que, a pesar de existir indicios de la existencia de una enfermedad profesional, la Mutua haya concluido los mismos sin tener en cuenta esta contingencia, han de ser remitidos por la entidad colaboradora al INSS, con la finalidad de que por la entidad gestora se determine la contingencia, entre otras circunstancias, para anticiparse a la eventual presentación de una reclamación previa por parte de los interesados, al amparo del artículo 71 de la LPL.

<sup>63</sup> La disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la LMSS es fruto de la aprobación, en el Congreso de los Diputados, de una enmienda objeto de transacción respecto de la n.º 42 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Bloque Nacionalista Galego). *Vid.*, el Boletín del Congreso indicado en la nota 36.

<sup>64</sup> La Ley se refiere al término de «revisión» por lo que, en un sentido técnico-jurídico estricto, precisa de una actuación previa de la entidad, reconociendo o denegando la correspondiente prestación. No obstante, también cabe una interpretación más amplia, de modo que el desarrollo reglamentario a los que alude la disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la LMSS se aplique a las actuaciones de las Mutuas, sin tener que limitarse a los supuestos de resolución de la colaboradora. En esta interpretación, la precisión de la LMSS se circunscribiría a los supuestos de determinación de la contingencia de la que deriva la IT.

enfermedad común, como en lo que se refiere al complemento de gran invalidez). Sin embargo, un aspecto contemplado en el Acuerdo de julio de 2006 (la limitación en el acceso a la prestación en los casos de deportistas profesionales y de otras profesiones, en las que los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de las mismas resultan difícilmente realizables a partir de una determinada edad) no es objeto de regulación en aquella <sup>65</sup>.

### 3.1. Los períodos de carencia en el caso de acceso a la pensión de incapacidad permanente.

Por lo general, las prestaciones económicas de Seguridad Social están condicionadas, en su acceso, a la acreditación de un determinado período mínimo de cotización <sup>66</sup> (denominado *período de carencia*) salvo que la misma derive de una contingencia profesional o de un accidente, en cuyo supuesto no se precisa período previo de cotización.

Este período de carencia se exige en los casos de prestaciones económicas de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en una duración que varía en función de la clase de prestación y de la edad del presunto beneficiario, estableciéndose una diferencia según se tenga o no, en la fecha de la declaración de la incapacidad permanente, 26 años <sup>67</sup>, período que, conforme al Acuerdo de 2006, habría de reducirse para los menores de 31 años.

<sup>65</sup> El Acuerdo social de 2006 preveía que la pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total, se excluya para las profesiones cuyos requerimientos físicos resultasen inasumibles a partir de una determinada edad, en los casos en que se tratase de actividades en las que la mayoría de los cotizantes a las mismas se mantienen en su práctica totalidad en edades inferiores a los 45 años. El caso más frecuente tiene que ver con los deportistas profesionales, a los que se les puede reconocer pensiones vitalicias para el ejercicio de una actividad que, en todo caso, dejaría de realizarse a partir de una determinada edad. Por ello, si la pensión de incapacidad permanente viene a establecer unos ingresos que sustituyan a los que se dejan de percibir como consecuencia de la propia discapacidad, no parece razonable mantener esa renta cuando, en cualquier supuesto, esa renta nunca se estaría percibiendo.

En desarrollo de tales previsiones, el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales por el Gobierno recogía –en el apartado Uno del art. 2– una modificación del apartado 1 del artículo 138 de la LGSS, conforme al cual el acceso al derecho a las prestaciones por incapacidad permanente total para la profesión habitual, o el mantenimiento de su percibo, quedaban excluidos más allá del cumplimiento de una determinada edad en aquellas profesiones cuyo ejercicio resultase inviable a partir de dicha edad, a causa de las condiciones físicas que su desempeño requiere, precisando que, en las disposiciones reglamentarias correspondientes, se establecería el catálogo de tales profesiones, a cuyo efecto habría que constatar que la práctica totalidad de los trabajadores que figuran en alta y cotizando por la profesión de que se tratase tenía una edad inferior a 45 años.

La presentación, por casi la totalidad de los Grupos Parlamentarios, de enmiendas solicitando la supresión o la modificación sustancial del texto, originó la supresión del mencionado apartado de la LGSS, con lo que en el acceso a la pensión de incapacidad permanente, en el caso de los deportistas profesionales y otros colectivos, se seguirá produciendo una fuerte inseguridad jurídica, dada la ausencia de norma expresa sobre la materia y las diferencias en las sentencias dictadas, problema agudizado por la dificultad de acceder a la casación en unificación de doctrina en los supuestos de declaración de la situación de incapacidad permanente.

Un análisis de la problemática en este ámbito y de los objetivos del Acuerdo de 2006 sobre el mismo en PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. «La limitación en el acceso a la incapacidad permanente de los deportistas profesionales». *Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento*. N.º 19. 2007.

<sup>66</sup> Sobre los períodos de cotización exigibles para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, *vid.*, MALDONADO MOLINA, J.A. «Los períodos mínimos de cotización». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 237. CEF. 2002.

<sup>67</sup> En el primer caso, el período de carencia es igual a  $\frac{1}{2}$  del tiempo transcurrido desde el cumplimiento de los 16 años hasta la fecha del hecho causante de la prestación; en el supuesto de pensionista con 26 o más años, el período de carencia es equivalente a  $\frac{1}{4}$  del tiempo transcurrido desde el cumplimiento de los 20 años hasta la fecha del hecho causante, con un mínimo, en cualquier caso, de cinco años.

Esta modificación se recoge en el artículo 2.Uno de la LMSS, mediante la modificación del artículo 138 de la LGSS, unificando la exigencia de un determinado período de cotización, para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para todos los beneficiarios menores de 31 años, que pasa a ser en todos los casos de 1/3 del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante, reduciéndose de esta forma el tiempo de cotización exigible para acceder a la pensión de incapacidad permanente, minoración que alcanza su máximo en los menores de 26 años a los que se les reduce el período exigible en 1/3 respecto del exigible en la actualidad <sup>68</sup>.

### 3.2. El cálculo de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

En el ámbito de la incapacidad permanente, tal vez la modificación de mayor importancia que introduce la LMSS afecta a la determinación de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente, que, además de en función del grado de incapacidad reconocido, en determinadas situaciones pasa a calcularse en función de los años de cotización previos.

Conforme a la regulación anterior, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente estaba, en todos los casos, en función de dos parámetros esenciales: la base reguladora (cuya determinación dependía del grado de incapacidad reconocido, así como de la contingencia de la que deriva) y el grado de incapacidad reconocido, sin que el mayor o menor tiempo de cotización acreditado por el trabajador tuviese incidencia alguna, una vez que se había alcanzado el período mínimo de cotización exigido, regulación que contrastaba con el derecho comparado (en el cual es usual que en la determinación de la pensión de incapacidad permanente se apliquen reglas semejantes a la de la jubilación <sup>69</sup>) o en el Régimen de Clases Pasivas <sup>70</sup>, en el que la cuantía de la pensión, al determinarse de la misma

<sup>68</sup> El período de cotización exigido para las pensiones de incapacidad permanente de los menores de 31 años en la nueva legislación y en la anterior es el siguiente:

Edad	Período anterior	Nuevo	Edad	Período anterior	Nuevo
16 años	–	–	24 años	48 meses	32 meses
17 años	6 meses	4 meses	25 años	54 meses	36 meses
18 años	12 meses	8 meses	26 años	60 meses	40 meses
19 años	18 meses	12 meses	27 años	60 meses	44 meses
20 años	24 meses	16 meses	28 años	60 meses	48 meses
21 años	30 meses	20 meses	29 años	60 meses	52 meses
22 años	36 meses	24 meses	30 años	60 meses	56 meses
23 años	42 meses	28 meses	31 años	60 meses	60 meses

<sup>69</sup> Por ejemplo, los sistemas austríaco o alemán.

<sup>70</sup> Para un análisis del Régimen de Clases Pasivas, *vid.*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*. Madrid. 1998; BLASCO LAHOZ, F.J. *et al. Los Regímenes especiales de la Seguridad Social*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004; BLASCO LAHOZ, F.J. «Las pensiones de jubilación o retiro del Régimen de Clases Pasivas del Estado» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 278. CEF. Mayo 2006; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.C. «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones. *Relaciones Laborales*. N.º 11. Junio 2004; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La necesaria inte-



forma que la de la jubilación, se tienen en cuenta los años de cotización acreditados por el sujeto causante, a los que se suman los años que, en el momento del hecho causante, le falten al funcionario para cumplir los 65 años <sup>71</sup>, regulación cuya extensión al ámbito de los demás Regímenes de la Seguridad Social propugna el Acuerdo de 2006.

En base a las premisas anteriores, el artículo 2.Cuatro de la LMSS modifica el artículo 140 de la LGSS, de modo que la determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, cuando la misma derive de una enfermedad común <sup>72</sup> y respecto de los procesos posteriores a la entrada en vigor de aquella <sup>73</sup>, se ha de llevar a cabo de la siguiente forma:

- a) La base reguladora se determina, en primer lugar, mediante el cociente de dividir entre 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses <sup>74</sup> inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante <sup>75</sup>.
- b) Al resultado obtenido se le aplica el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el artículo 163.1 de la LGSS <sup>76</sup> considerándose como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años <sup>77</sup>; en el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable es el 50 por 100.

gración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 183. CEF. Junio 1998, o SÁNCHEZ PERIS, V. *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos*. Ed. Trotta. Valencia. 1999.

<sup>71</sup> De esta forma, si a un funcionario se le reconoce la incapacidad permanente a los 50 años, habiendo cotizado previamente 15 de servicios, se le acreditarían 30 años de cotización (los 15 cotizados, más otros 15 por el tiempo que le restaría para el cumplimiento de la edad de 65 años).

<sup>72</sup> Cuando la incapacidad deriva de una contingencia profesional o de un accidente común, se mantienen las reglas de determinación de la base reguladora existentes con anterioridad a la LMSS.

<sup>73</sup> El apartado cinco del artículo 2 de la LMSS incorpora una nueva disposición transitoria en la LGSS, la 16.ª, conforme a la cual, para la determinación de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y que provenga de un proceso de IT que se haya iniciado con anterioridad al 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la LMSS) se aplican las normas vigentes con anterioridad a dicha Ley.

<sup>74</sup> De las bases que conformen la base reguladora, las 24 últimas mensualidades se computan en su valor nominal, mientras que las restantes bases de cotización se han de actualizar de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde los meses a que aquellas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables. Si el período de cotización exigible para el acceso a la pensión fuese, en función de la edad del pensionista, inferior a 8 años, la base reguladora sería el cociente de dividir el número de mensualidades a que equivalga dicho período de carencia entre el resultado de incrementar ese número por 1/6 del mismo.

<sup>75</sup> Esta regla se aplica, de igual modo, para la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral, cuando el interesado, en la fecha del hecho causante de aquella, no se encontraba en la situación de alta o de asimilación al alta, sin que se tengan en cuenta las reglas del párrafo b) del artículo 140.1 de la LGSS (en la redacción que incorpora el art. 2.Cuatro LMSS).

<sup>76</sup> Un 50 por 100 acreditando 15 años; este porcentaje se incrementa en un 3 por 100 por cada año de cotización adicional, hasta los 25 incluidos; a partir del 25, cada año de cotización equivale a un 2 por 100, de modo que a los 35 años se tiene derecho al 100 por 100.

<sup>77</sup> La LMSS no precisa si, respecto de los años que se consideran como cotizados (los que le falten al trabajador para cumplir los 65 años) se computa o no la fracción de año o, por el contrario, no se tiene en cuenta. Si la intención de la Ley es aproximar la forma de determinación del cálculo de la pensión de incapacidad permanente (derivada de enfermedad común) a la pensión de jubilación, habrá que concluir en que las fracciones de edad se habrán de sumar a los años realmente cotizados.

- c) El importe resultante constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, se aplica el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido <sup>78</sup>.

La nueva fórmula de cálculo de la base reguladora <sup>79</sup> de las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de enfermedad común <sup>80</sup>, pretende incentivar la cotización a la Seguridad Social, al tiempo que evitar que, con períodos cortos y tardíos de cotización, se puedan generar prestaciones iguales a situaciones de amplias carreras de cotización, dentro de un sistema que se ha delimitado como básicamente contributivo <sup>81</sup>. Por ello, sus efectos se producirán en afiliaciones posteriores a los 30 años aunque, con el objetivo de evitar que en los supuestos de la incapacidad permanente total (para su determinación se aplica en la actualidad el 55%) pudiesen existir pensiones reducidas (cuando se acreditasen escasos períodos de cotización, con edades de afiliación tardía), se prevé el establecimiento de una cuantía mínima.

En tal sentido, en el artículo 139.2 de la LGSS <sup>82</sup> se prevé que la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no puede resultar inferior al 55 por 100 de

<sup>78</sup> Porcentajes que son del 55 por 100, en el supuesto de incapacidad permanente total para la profesión habitual, el 100 por 100, en los casos de incapacidad permanente absoluta, y un porcentaje variable para la gran invalidez, en los términos que se señalan en el apartado 3.3 de este trabajo.

En consecuencia, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, pasa a ser la siguiente:

$$\text{Cuantía} = \left( \frac{\sum_{i=1}^{24} Bi + \sum_{i=25}^{180} Bi \frac{I 25}{Ii}}{210} \right) \times \text{años cotización} \times (\% \text{ grado de incapacidad reconocido}).$$

Por ejemplo, a un trabajador de 51 años al que se le reconoce una incapacidad permanente total por enfermedad común y acredita 16 años de cotización en su vida laboral, teniendo unas bases de cotización en los años anteriores, incluida la actualización correspondiente, y divididas entre 112, de 1.500 euros.

Los parámetros a tener en cuenta para el cálculo de la pensión serían:

- Años de cotización a considerar: 14 (hasta cumplir los 65 años) + 16 (cotizados realmente) = 30
- Porcentaje de IPT reconocida: 55%

Cuantía = (1.500 × 90%) × 55 % = 742,50 euros.

<sup>79</sup> Con la modificación operada con la LMSS concurren cuatro posibles modos de calcular la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente:

- Derivada de enfermedad común, desde la situación de alta o asimilación de alta (en todos los grados) o desde una situación de *no alta* (en los grados de absoluta y gran invalidez): se aplica la nueva fórmula incorporada por la LMSS.
- Derivada de accidente no laboral, desde la situación de alta o asimilación al alta: se mantiene la situación anterior, consistente en el cociente que resulte de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización por un período ininterrumpido de 24 meses.
- Derivada de accidente no laboral, desde una situación de *no alta* (grados de incapacidad absoluta y gran invalidez): se aplica la misma fórmula que para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación.
- Derivada de contingencias profesionales: se mantiene la fórmula de cálculo.

<sup>80</sup> La fórmula de calcular la pensión de incapacidad permanente aplicando unas reglas similares a la de la jubilación se recogía en la mayor parte de los documentos de reforma de la década de los ochenta, sin que se llevase a cabo en ningún momento al ordenamiento jurídico.

<sup>81</sup> Una persona que se hubiese afiliado a los 30 años e incapacitado a los 35, cumpliría el período mínimo de cotización necesario para alcanzar –padeciendo dolencias incapacitantes– el 100 por 100 de la base reguladora (cuantía a la que habría que aplicar el porcentaje en función del grado reconocido). En este caso, a los cinco años de cotización efectiva se le sumarían otros 30 años, por la falta que les faltaría al trabajador para alcanzar los 65 años, con lo que alcanzaría el mismo importe de pensión que con la fórmula actual.

Por el contrario, con afiliaciones posteriores podría haber menores importes de pensión.

<sup>82</sup> En la redacción dada por el artículo 2.Dos de la LMSS.

la base mínima de cotización para mayores de 18 años, en términos anuales, vigente en cada momento <sup>83</sup>.

### 3.3. Determinación de la cuantía del complemento de gran invalidez.

La tercera de las medidas que afectan a la pensión de incapacidad permanente se relaciona con la cuantía del complemento por gran invalidez. Reconocido dicho grado de incapacidad permanente <sup>84</sup>, se tiene derecho a un complemento que, en la legislación anterior a la LMSS, equivalía al 50 por 100 de la base reguladora de la correspondiente pensión <sup>85</sup>, regla que adolecía de falta de equidad, ya que si la finalidad del complemento es compensar los gastos ocasionados por la persona que atiende al discapacitado dependiente <sup>86</sup>, no dejaba de ser anómalo que el complemento sea de distinta cuantía, en función del importe de la pensión de incapacidad permanente, de modo que, en una situación de dos discapacitados con el mismo grado de dependencia y con gastos semejantes, el complemento económico tendría una cuantía distinta en función del importe de la pensión reconocida. Para evitar esta situación se venía abogando porque el importe del complemento se desvinculase de la cuantía de la invalidez absoluta, siendo de cuantía similar para quienes se encontrasen en la misma situación de discapacidad <sup>87</sup>.

Para el cumplimiento parcial de tales objetivos, se modifica el cálculo del complemento de gran invalidez, cuya cuantía pasa a ser equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base

<sup>83</sup> Para 2007, el importe mínimo de la pensión de incapacidad permanente total sería de 266,14 euros.

<sup>84</sup> Para la entidad gestora, la situación de necesidad de tercera persona a efectos del complemento de gran invalidez, tenía que quedar manifiesto de la propia incapacidad, sin que pudiese derivarse en las situaciones en que dicha necesidad se originaba como consecuencia del estado terminal de una enfermedad determinada. Dicho criterio no fue avalado por la jurisprudencia (p. ej. SSTs de 12 de mayo de 2003 y de 11 de octubre de 2004) para la que era procedente el reconocimiento de la situación de gran invalidez, si concurría la necesidad de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida diaria, aunque esa situación se manifestase como consecuencia de las etapas terminales de una enfermedad. La doctrina jurisprudencial ha sido recogida recientemente por la Administración (Criterio Jurídico de la Gestión INSS 2007/15).

<sup>85</sup> Este complemento no se halla afectado por el tope máximo de pensión, como reconoció la jurisprudencia del TS. El tope se aplica en la pensión de incapacidad permanente absoluta y sobre su importe, en el caso de gran invalidez, se aplica el 50 por 100.

<sup>86</sup> Artículo 139.4 de la LGSS.

<sup>87</sup> El complemento de gran invalidez se ve afectado por la implantación del sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia, establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que recoge todo un conjunto de servicios y prestaciones en favor de las personas que, para la realización de alguna o de todas las actividades básicas de la vida diaria requieren el concurso de otra persona.

Por ello, el artículo 31 de la Ley 39/2006 establece una incompatibilidad entre las prestaciones económicas correspondientes a la cobertura de la dependencia y las que actualmente se reconocen –ante las situaciones de gran invalidez o por ayuda de tercera persona– en el ámbito de la Seguridad Social. A tal fin, de las cuantías de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006 se ha de deducir el importe de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social; en particular, el complemento de gran invalidez de las prestaciones de incapacidad permanente, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por 100, el complemento por la necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, o del subsidio de ayuda a tercera persona.

Con el mismo alcance, esa incompatibilidad se regula en el artículo 14 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización<sup>88</sup> del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente<sup>89</sup>, si bien se establece que, en cualquier caso, la cuantía del complemento de gran invalidez no puede ser inferior al 45 por 100 del importe de la pensión de incapacidad<sup>90</sup>—sin el mencionado complemento— percibido por el pensionista<sup>91</sup>.

### 3.4. La cuantía mínima de la pensión de incapacidad permanente total «cualificada».

El artículo 44 de la Ley 2/2004, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2005<sup>92</sup>, previó el establecimiento de unas pensiones mínimas, en favor de los trabajadores que tuvieran reconocida la pensión de incapacidad permanente total *cualificada*, con edades entre los 60 y los 65 años. Con esa medida, si bien se originaba un aumento del nivel de protección, sin embargo no se daba cobertura a todos los pensionistas de dicha modalidad de pensión, al quedar excluidos quienes tuviesen una edad comprendida entre los 55 y los 59 años<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> En el Acuerdo de 2006, la determinación del complemento de gran invalidez se situaba en la suma del 50 por 100 de la base mínima de cotización y del 25 por 100 de la base de cotización correspondiente al trabajador y así se incorporó al texto del Proyecto de Ley. La redacción final proviene de la aprobación, en el Congreso de los Diputados, de una enmienda objeto de transacción sobre la n.º 92 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>89</sup> Unos ejemplos ayudan a comprender el alcance de la medida. Piénsese, por ejemplo, un trabajador que haya cotizado siempre por la base máxima, al que se le reconoce una pensión de incapacidad permanente, en el grado, de gran invalidez. En este caso, la cuantía del complemento de gran invalidez—según la legislación anterior a la LMSS— sería aproximadamente de 17.976,60 euros/año; por el contrario, con la nueva regulación el complemento pasa a ser la suma de 3.594,84 euros/año (45% de la base mínima) y 10.785,96 euros/año (30% de la base de cotización del trabajador), es decir, 14.380,74 euros/año. A su vez, un trabajador que cotizase por una base de cotización de 1.700 euros/mes, en la regulación anterior a la LMSS, si accediera a la pensión de gran invalidez, tendría derecho aproximadamente a un complemento de 10.200 euros/año, mientras que con la nueva fórmula alcanza la cuantía de 9.714,78 euros/año.

Por último, un trabajador que cotizara la base mínima (665,70 euros/mes en 2007) y a quien se le reconociese la gran invalidez, el complemento sería, aproximadamente, de 5.990,98 euros/año, mientras que en la regulación anterior se situaría en la cantidad de 3.994,20 euros/año.

<sup>90</sup> Por ello, en el primer ejemplo de la nota 89, el complemento de gran invalidez tendría una garantía aproximada de 16.178,94 euros/año. En los otros dos ejemplos, la garantía es inferior al importe de complemento que resulta con la nueva fórmula de cálculo.

La garantía de un límite mínimo se incorpora al Proyecto de Ley a través de la transacción, en el Senado, de las enmiendas 2 y 27 (presentadas por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos), 62 (del Grupo Parlamentario Popular) y 77 (de Convergencia i Unió). *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 51.

<sup>91</sup> Con la LMSS desaparece del ordenamiento jurídico la posibilidad—art. 139.4 2.º párrafo LGSS, que desaparece en la nueva redacción del precepto— de sustituir, a petición del gran inválido o de su representante legal, el incremento de la pensión por el alojamiento del gran inválido en una institución asistencial pública financiada con cargo a los Presupuestos de la Seguridad Social.

Ha de tenerse en cuenta que, desde el 1 de enero de 2002, conforme a la redacción dada al artículo 86.2 de la LGSS por el artículo 69 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, los servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas, se financian de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento y ya no con cargo a partidas recogidas en los Presupuestos de la Seguridad Social. Por ello, desde dicha fecha el contenido del artículo 139.4.2.º había dejado de aplicarse, aunque sin embargo no se había procedido a su derogación expresa.

<sup>92</sup> En la redacción incorporada por el Real Decreto-Ley 11/2004, de 23 de diciembre.

<sup>93</sup> Puesto que, a partir de los 55 años, se tiene derecho a la pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total cualificada.

Con objeto de dar solución a esta situación, el Acuerdo de 2006 recoge el compromiso de extender, de forma paulatina, la garantía de los complementos a mínimos a los pensionistas de incapacidad permanente total cualificada menores de 60 años, de manera que, tras dicho proceso gradual, todos los perceptores de la citada modalidad de pensión puedan percibir los complementos a mínimos, siempre que reúnan los requisitos que, legal y reglamentariamente, se hayan establecido.

A tal efecto, en la disposición adicional 1.ª de la LMSS se precisa que en el cuadro de cuantías mínimas anuales de las pensiones de modalidad contributiva que se recoja en la correspondiente LPGE, se establecerán importes mínimos para las pensiones de incapacidad permanente total para beneficiarios que tengan una edad inferior a 60 años.

### 3.5. La protección de los trabajadores expuestos a enfermedades de carácter profesional.

La regulación legal de la enfermedad profesional se recoge en el artículo 116 de la LGSS conforme al cual se considera como tal la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe<sup>94</sup> y que esté provoca-

---

Conforme a la Ley 24/1972 (cuya regulación pasó al TRLGSS de 1974 y, posteriormente, al de 1994) las personas que tuviesen reconocida una pensión de incapacidad permanente total tendrían derecho a un complemento, equivalente al 20 por 100 de la respectiva base reguladora, siempre que tuviesen 55 o más años y no realizasen un trabajo por el que deban estar comprendidos en un Régimen de Seguridad Social. Establecido inicialmente en favor de los trabajadores por cuenta ajena, en el ejercicio 2003, y llevando al ordenamiento jurídico, las previsiones contenidas en el Acuerdo social de abril de 2001, se amplió la cobertura a los trabajadores por cuenta propia.

La regulación respecto de los trabajadores por cuenta propia se encuentra en la Ley 53/2002 de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social (en lo que atañe a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el ámbito de aplicación de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar) y en el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril (en lo que afecta al RETA). Un análisis del alcance de las modificaciones normativas indicadas en PANIZO ROBLES, J.A. «La mejora de la protección social de los trabajadores por cuenta propia. (Análisis del Real Decreto-Ley 2/2003, de medidas de reforma económica y del Real Decreto 463/2003, ambos de 25 de abril)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 243. CEF. Junio 2003.

<sup>94</sup> Para la doctrina la inclusión en una lista de las actividades y de las enfermedades, si bien implica una rigidez en la delimitación de la enfermedad profesional, reduce fuertemente los problemas de la prueba, ya que acreditada la realización del trabajo en la actividad listada, así como que se ha contraído una enfermedad recogida para dicha actividad, se establece casi de forma automática la enfermedad profesional, por lo que podría hablarse de la existencia de una presunción legal. La existencia de la lista de enfermedades profesionales, y de las actividades susceptibles de generarlas, no produce *per se* una pérdida de protección respecto de las enfermedades «no listadas», pues respecto de ellas entran en juego las previsiones del artículo 115.2 e) de la LGSS, conforme al cual tienen la consideración de accidente de trabajo las enfermedades no recogidas en el cuadro de enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo, entrando en consecuencia dentro del amplio concepto de las denominadas «enfermedades del trabajo». A diferencia de la enfermedad profesional, en la enfermedad del trabajo lo importante no es el proceso patológico concreto, sino la etiología del mismo, si bien el precepto legal requiere un nexo causal directo entre la enfermedad y el trabajo, prescindiendo de la simple ocasionalidad, por lo que se exige que el trabajo sea la causa directa y genuina de la enfermedad. No obstante, si respecto de las enfermedades profesionales existe una presunción *iris et de iure*, para que las enfermedades no listadas tengan la consideración de accidente de trabajo deberá probarse la relación entre la misma y el trabajo o actividad desarrollados. Sobre las enfermedades del trabajo, *vid.*, MARTÍNEZ BARROSO, M.R. *Las enfermedades del trabajo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002, o «Sobre las enfermedades profesionales no listadas. A propósito de un supuesto de síndrome de desgaste personal o de burnout». *Revista de Derecho Social*. N.º 10. 2002 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Las enfermedades del trabajo». *Relaciones Laborales*. 1995.

da por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional <sup>95</sup>.

En el ordenamiento de la Seguridad Social, la lista de enfermedades profesionales venía recogida en el Real Decreto 1995/1978, lista que estaba falta de actualización y de adaptación a las transformaciones tecnológicas y a los fuertes cambios operados en los métodos productivos o las nuevas sustancias utilizadas en los procesos de producción, de ahí que se viniese recomendando la acomodación de la lista a las nuevas exigencias y a las recomendaciones de los organismos internacionales <sup>96</sup>, en especial a la lista contenida en la Recomendación 2003/670/CE, de 19 de septiembre, en la que se recomienda a los Estados miembros la incorporación en sus ordenamientos de la lista de enfermedades cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente (y que figura en el Anexo I de la Recomendación) recomendando, asimismo, que se procure incorporar las enfermedades recogidas en el Anexo II, que no figuran en la lista del Anexo I pero cuyo origen y carácter profesional podrían establecerse en el futuro.

Para lograr tales objetivos, en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, se recogió el compromiso de aprobar una nueva lista de enfermedades profesionales, que, siguiendo la Recomendación europea sobre enfermedades profesionales de 2003, adecuase la lista vigente en España a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización, modificando, asimismo, el sistema de notificación y registro, con la finalidad de hacer aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la infradeclaración de tales enfermedades <sup>97</sup>. Esta lista se recoge en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre <sup>98</sup> mediante el que se aprueba el nuevo cuadro de enfermedades profesionales <sup>99</sup>, al tiempo que se dictan reglas para la actualización de la misma y para la declaración y notificación de tales enfermedades, evitando o reduciendo la incidencia de la infradeclaración <sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Respecto a los trabajadores autónomos, el concepto de enfermedad profesional viene recogida en la disposición adicional 34.ª de la LGSS.

<sup>96</sup> Por ejemplo, en el denominado «Informe Durán». Vid., DURÁN LÓPEZ, F. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La Seguridad y Salud del trabajo en España*. Madrid. 2001.

<sup>97</sup> La recomendación europea de 2003 es consciente de la situación de subdeclaración o de infradeclaración de enfermedades profesionales, alertando a los Estados miembros para que corrijan dicha situación, garantizando la declaración de todos los casos de enfermedades profesionales, ajustándose a los criterios de armonización de estadísticas europeas.

<sup>98</sup> Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2006. El Real Decreto 1299/2006 procede a la derogación del Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, así como del cuadro de enfermedades profesionales y la lista de trabajos con riesgo de producirlas, que figura como anexo al Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

<sup>99</sup> Con vigencia desde el 1 de enero de 2007, conforme dispone la disposición final 3.ª del Real Decreto 1299/2006.

<sup>100</sup> Las enfermedades profesionales se recogen en dos anexos del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. En el Anexo I recoge la lista de las enfermedades profesionales, clasificándolas en los siguientes grupos (1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos; 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos; 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos; 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados; 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos). Dentro de cada grupo de enfermedades profesionales se consigna el agente o elemento susceptibles de provocar la enfermedad y las principales actividades capaces de producirla relacionadas con aquellos. En consecuencia, las enfermedades recogidas en el Anexo I son aquellas relacionadas con el artículo 116, cuya aparición provoca, entre otros efectos, las medidas reparadoras y prestaciones previstas en el ordenamiento de la Seguridad Social.

Frente a la parquedad de la normativa anterior, el Real Decreto 1299/2006 regula el procedimiento de la calificación de la enfermedad profesional en el ámbito de la Seguridad Social <sup>101</sup> situando esa competencia en el INSS, en base a las previsiones contenidas en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sin perjuicio de que la Mutua que haya asumido la protección de las contingencias profesionales del trabajador afecto por la enfermedad pueda tramitar provisionalmente esta enfermedad <sup>102</sup>. En este ámbito, si los facultativos del Sistema Nacional de Salud, con ocasión de sus actuaciones profesionales, tienen conocimiento de la existencia de una enfermedad profesional (con independencia de que estén recogidas en los anexos 1 ó 2) lo han de comunicar al INSS, a los efectos de su calificación, y, en su caso, a la entidad que asuma la protección de las contingencias profesionales, a los efectos de las correspondientes medidas reparadoras <sup>103</sup>.

A su vez, si hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1299/2006, los partes de enfermedades profesionales eran cumplimentados y tramitados por las empresas, lo que podría estar dando lugar a la aparición de la infradeclaración de esta clase de enfermedades <sup>104</sup>, en la nueva regulación es la entidad gestora o colaboradora que asuma la protección de las contingencias profesionales quien ha de elaborar y tramitar el parte de enfermedad profesional correspondiente, si bien la empresa ha de facilitar a tales entidades la información que obre en su poder y que sea requerida para la elaboración del parte citado <sup>105</sup>.

A tal efecto, la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del Real Decreto 1299/2006 prevé que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha de aprobar el nuevo modelo de parte de enfermedad profesional, regulando de igual modo el procedimiento para su tramitación y transmisión por medios electrónicos. Asimismo, se procede a la creación de una unidad administrativa <sup>106</sup> encargada de recoger y analizar la documentación relativa a las enfermedades profesionales <sup>107</sup>.

A su vez, el Anexo 2 recoge una lista complementaria de enfermedades, cuyo origen profesional se sospecha, y cuya inclusión en el Anexo 1 podría contemplarse en el futuro. Las enfermedades se clasifican en los mismos Grupos del Anexo 1, sin indicar las actividades capaces de producirlas, pero mientras no se incluyan en el Anexo 1 no pueden dar lugar a las prestaciones contempladas en la Seguridad Social para los supuestos de enfermedades profesionales, sin perjuicio de que puedan encajarse en las denominadas «enfermedades del trabajo».

<sup>101</sup> La disposición final 1.<sup>a</sup> del Real Decreto 1299/2006 prevé que por los órganos técnicos de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Sanidad y Consumo se elaboren guías de los síntomas y patologías relacionados con el agente causante de la enfermedad profesional, que sirva como fuente de información y ayuda para el diagnóstico de la misma.

<sup>102</sup> La competencia del INSS se extiende a la determinación del carácter profesional de las enfermedades profesionales respecto de los trabajadores que no se encuentren en situación de alta.

<sup>103</sup> Igual obligación han de llevar a cabo los facultativos del Servicio de Prevención, conforme al artículo 5 del Real Decreto 1299/2006.

<sup>104</sup> Uno de los compromisos del Acuerdo de 13 de julio de 2006 era, en línea con las recomendaciones europeas y de la OIT, eliminar o evitar la presencia de la infradeclaración de enfermedades profesionales.

<sup>105</sup> Todo ello sin perjuicio de las obligaciones empresariales derivadas del artículo 23 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

<sup>106</sup> Dentro de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

<sup>107</sup> Las previsiones del Real Decreto 1299/2006 han sido desarrolladas por la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales, la cual establece el contenido del parte de enfermedad profesional, su tratamiento por medios informáticos y su comunicación por vía electrónica a través de Internet, así como la creación del correspondiente fichero de datos personales, del siguiente modo:

- Las enfermedades profesionales se han de comunicar o tramitar, en el ámbito de la Seguridad Social, por medio del parte de enfermedad profesional, cuya elaboración y transmisión se han de llevar a cabo por medios electrónicos, sin

En este ámbito, la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>108</sup> prevé que el Gobierno proceda a la modificación, en el plazo de un año, de la normativa que regula la protección de los trabajadores, afectados por las mismas actividades profesionales, en los diferentes regímenes de la Seguridad Social, tendiendo a la homogeneización del nivel de protección dispensado <sup>109</sup>. Con ello, se pretende una mayor uniformidad en la protección, evitando que situaciones similares puedan dar lugar a una protección diferenciada <sup>110</sup>.

Como complemento a la protección y con la finalidad de lograr una mayor notificación de las enfermedades profesionales, se prevé el establecimiento de reducciones en la cotización a la Seguridad Social, correspondiente a los trabajadores afectados por enfermedades profesionales en un grado que no dé origen a prestación económica, que sean destinados a puestos de trabajo alternativos y compatibles con su estado de salud, con objeto de interrumpir la desfavorable evolución de su enfermedad <sup>111</sup>.

perjuicio de su posible impresión en soporte papel en los casos en que se considere necesario, entre los que se encuentran los supuestos en que lo soliciten el trabajador y el empresario (el Anexo de la Orden contiene el contenido del nuevo parte de enfermedad profesional).

- La entidad gestora o colaboradora que asuma la protección de las contingencias profesionales está obligada a elaborar y tramitar el parte de enfermedad profesional, obligación compatible con el deber de las empresas o de los trabajadores por cuenta propia que dispongan de cobertura por contingencias profesionales de facilitar a aquellas la información que obre en su poder y les sea requerida para la elaboración de dicho parte, para lo que los servicios médicos de las empresas colaboradoras en la gestión de las contingencias profesionales han de dar traslado, en el plazo de tres días hábiles, a la entidad gestora o a la Mutua que corresponda del diagnóstico de las enfermedades profesionales de sus trabajadores.
- La comunicación inicial del parte ha de llevarse a cabo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que se haya producido el diagnóstico de la enfermedad profesional, si bien la totalidad de los datos se debe transmitir en el plazo máximo de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación inicial, a cuyo fin la empresa ha de remitir la información que le sea solicitada por la entidad gestora o por la Mutua para que esta pueda dar cumplimiento a los plazos anteriores. De igual modo, la finalización del proceso se ha de comunicar en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al hecho que motiva dicha finalización.
- La cumplimentación y transmisión del parte de enfermedad profesional se ha de realizar por vía electrónica, por medio de la aplicación informática CEPROSS (Comunicación de Enfermedades Profesionales, Seguridad Social) a la que se tiene acceso a través de la oficina virtual de la dirección electrónica <https://www.seg-social.es>, a cuya finalidad se aprueban los programas y aplicaciones que hacen posible dicha comunicación a través de la aplicación CEPROSS, siendo la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la responsable de la administración del sistema CEPROSS, cuyo desarrollo y tratamiento informático se ha de efectuar por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.
- A la información contenida en el sistema CEPROSS pueden acceder la Administración de la Seguridad Social, la Administración Laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; las restantes administraciones, instituciones, organizaciones y entidades afectadas por razón de la materia pueden disponer de la información de carácter estadístico que resulte necesaria para el cumplimiento de sus fines.

<sup>108</sup> Incorporada al Proyecto de Ley como consecuencia de la transacción, en el Congreso de los Diputados, de la enmienda n.º 43, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Bloque Nacionalista Galego). *Id.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>109</sup> Por ejemplo, en actividades que guardan relación con la eventualidad de contraer la enfermedad profesional de la silicosis no siempre la protección de la Seguridad Social es semejante (por ejemplo, en lo que se refiere a la determinación de los coeficientes reductores de la pensión de jubilación en función de la realización de trabajos peligrosos, tóxicos o insalubres).

<sup>110</sup> Un caso singular es el de los trabajadores dedicados a la extracción y tratamiento de la piedra y la pizarra. Respecto a los mismos, en el Congreso de los Diputados se presentó (*vid.*, Boletín del Congreso de los Diputados. Serie Decreto de 27 de noviembre de 2006) una Proposición no de Ley, relativa a la extensión de los mecanismos de protección de la silicosis a los trabajadores de la minería a cielo abierto, especialmente en el sector de la piedra y de la pizarra, y medidas al respecto.

<sup>111</sup> En este objetivo, ampliando la medida de los supuestos de reducción también al traslado a puesto compatible de la trabajadora sujeta a riesgo durante el embarazo, en relación con el trabajo anterior, la disposición adicional 5.<sup>a</sup> del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) prevé que, en los supuestos de traslado de un trabajador afecto de una enfermedad profesional, a un puesto compatible con su estado de salud, las aportaciones empresariales a la Seguridad Social se reducirán en un 50 por 100.



## 4. MODIFICACIONES EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Respecto de la pensión de jubilación, las modificaciones establecidas a través de la LMSS tienen dos objetivos básicos: de una parte, aumentar ligeramente los niveles de contributividad en la prestación, a fin de adecuar algo más la equivalencia que ha de existir entre los períodos de aportación y los períodos de percibo de la prestación; de otra, reducir el efecto de determinadas ventajas que se habían incorporado, a partir del Acuerdo social de 2001, en las jubilaciones anticipadas, en especial, en la jubilación parcial, procurando buscar una cierta homogeneidad en las condiciones de acceso a las diferentes modalidades de acceso anticipado a la pensión de jubilación; por último, incorporar todo un conjunto de medidas que propicien la continuación voluntaria en la permanencia en la actividad, estableciendo beneficios para favorecer esa prolongación.

### 4.1. Los períodos de carencia en la jubilación.

Uno de los elementos para el restablecimiento de un mayor nivel de contributividad en el acceso a la pensión de jubilación consiste en incrementar –en supuestos reducidísimos– los períodos de cotización requeridos para poder acceder a la pensión de jubilación. Por ello, el artículo 3.Uno de la LMSS modifica la redacción del artículo 161.1 b) de la LGSS, respecto a la determinación del período de cotización exigible para acceder a la pensión de jubilación, de forma que, manteniendo la exigencia de un período previo de cotización de 15 años, de los que al menos dos han de estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho <sup>112</sup>, se precisa –y ahí radica la novedad– que para el cómputo de los años cotizados no se tiene en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias <sup>113</sup>.

Con la exigencia de 15 años efectivos de cotización <sup>114</sup> o su equivalente en días (5.475 días) como período mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación se sale al paso de una

---

Esta misma minoración de las aportaciones empresariales se extiende a los casos de traslado a puesto de trabajo compatible con su estado de salud de una trabajadora que se encuentre en las situaciones de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia (en los términos contenidos en el art. 48 ET).

<sup>112</sup> No obstante, en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años debe estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar [art. 161.1 b), segundo párrafo, en la redacción incorporada por la Ley 24/1997, de 15 de julio].

<sup>113</sup> Los «días cuota» tampoco se han de tener en cuenta a efectos del período de carencia específica (dos años en los últimos 15 anteriores al hecho causante de la pensión de jubilación –art. 161.1 b) LGSS–), ni en los casos especiales de la jubilación anticipada conforme a la Ley 47/1998, de 23 de diciembre.

<sup>114</sup> El efecto de la medida es reducido, en especial en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, si se tiene en cuenta la distribución porcentual, en función de los años de cotización acreditados y por regímenes, de las nuevas altas de pensión (2006):

Años cotizados	General	Autónomos.	Agrario c/ajena	Agrario c/propia	Mar	Carbón	Hogar	Total
15	2,11	5,76	9,24	5,56	1,57	0,23	17,89	3,52
16 – 20	5,11	14,29	20,14	16,99	3,37	0,15	34,83	8,51
								.../...

doctrina inveterada del TS, contenida en su sentencia en interés de Ley de 10 de junio de 1974, que había entendido computable, a efectos de la determinación de los períodos de carencia de las prestaciones económicas <sup>115</sup>, la parte proporcional de pagas extraordinarias de carácter obligatorio <sup>116</sup>, regla que fue extendida, a partir de 1986, a los diferentes Regímenes Especiales <sup>117</sup>.

Ahora bien, el nuevo período de carencia no se va a exigir de forma inmediata con la entrada en vigor de la LMSS, al preverse un período progresivo de 5 años <sup>118</sup>, incrementando los 4.700 días de cotización, que se exigían de hecho en la legislación anterior, en 77 días por cada seis meses transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley, de manera que al final del proceso paulatino se exigirían los señalados 5.475 días.

*Aplicación del período progresivo en la exigencia de los 15 años reales de cotización*

Fecha	Período de cotización exigible	
	Días reales	Equivalente en «días cuota»
• Desde el 1 de enero al 30 de junio de 2008	4.700	5.475
• Desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2008	4.777	5.573
• Desde el 1 de enero al 30 de junio de 2009	4.854	5.663
• Desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2009	4.931	5.726
• Desde el 1 de enero al 30 de junio de 2010	5.008	5.843
• Desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2010	5.085	5.933
• Desde el 1 de enero al 30 de junio de 2011	5.162	6.022
• Desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2011	5.239	6.112
• Desde el 1 de enero al 30 de junio de 2012	5.316	6.202
• Desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2012	5.393	6.292
• A partir del 1 de enero de 2013	5.475	6.386

No obstante, en el supuesto de los trabajadores que durante todo el año inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante hubieran estado contratados a tiempo parcial, el período transitorio

.....									
21 – 25	5,12	14,38	10,69	8,68	5,51	0,23	18,93	7,34	
26 – 30	6,95	13,69	7,39	9,59	13,05	0,91	12,10	8,36	
31 – 34	9,40	12,73	6,82	9,85	22,16	2,05	6,69	9,91	
35 y más	71,31	39,15	45,73	49,33	54,33	96,44	10,46	62,36	
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	

FUENTE: Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social para 2008.

- <sup>115</sup> Los «días cuota» no tenían validez más allá de la acreditación de los períodos de carencia de las prestaciones económicas.
- <sup>116</sup> Con ello, a efectos de la determinación del período de carencia de la respectiva prestación económica un año de cotización equivalía a 425 días.
- <sup>117</sup> En la medida en que se aplicaron a los mismos los importes de las bases mínimas aplicables en el Régimen General.
- <sup>118</sup> A través de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la LGSS, en la redacción que incorpora el apartado seis del artículo 3 de la LMSS.

se incrementa en proporción inversa al porcentaje de jornada realizada en dicho período. A tales efectos, el número de días en que ha de incrementarse, en cada caso, el período mínimo de cotización exigido a partir de la entrada en vigor de la LMSS se ha de reajustar por períodos semestrales en función de la ampliación del período transitorio. Es decir, que, por ejemplo, para un trabajador que esté contratado realizando un 60 por 100 de jornada, el período progresivo de aplicación de los días efectivos de cotización se elevará a siete años <sup>119</sup>.

La supresión de los denominados «días cuota» únicamente opera en relación con la pensión de jubilación sin que la medida se extienda a las demás prestaciones económicas de la Seguridad Social, al no establecerse previsión expresa en ese sentido <sup>120</sup>.

## 4.2. Medidas en torno a la jubilación anticipada.

### 4.2.1. El acceso a la jubilación anticipada y la determinación de su cuantía.

La disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la LGSS <sup>121</sup> respetó las expectativas de derecho reconocidas a los trabajadores que, antes del 1 de enero de 1967, acreditasen la condición *mutualista* (es decir, estar afiliados a una Mutualidad de Trabajadores por cuenta ajena que en sus Estatutos tuviesen establecida la posibilidad de jubilación a partir de los 60 años, con la consiguiente reducción de la cuantía de la pensión) en el sentido de poder jubilarse a dicha edad, con la minoración de la cuantía de la pensión en un 8 por 100 por cada año que le faltase al trabajador para cumplir, en el momento de acceder a la pensión, los 65 años <sup>122</sup>.

Asimismo, el artículo 161.3 de la LGSS <sup>123</sup> abrió la posibilidad de jubilación anticipada, a partir de los 61 años de edad, cuando se cumpliesen, además, los requisitos de cese involuntario en la

<sup>119</sup> Se amplía en un 40 por 100 (porcentaje inverso del 60% de realización de jornada) el período de cinco años.

<sup>120</sup> No deja de ser sorprendente que, a efectos del acceso a la pensión de jubilación, cada año pase a computarse como un período de 365 días, mientras que, a efectos del resto de las prestaciones económicas que requieran la acreditación de un período previo de cotización, se compute 425 días.

<sup>121</sup> Las previsiones de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la LGSS ha de ponerse en relación con el contenido de la Ley 47/1998, que regula el acceso a la jubilación anticipada cuando, acreditando la condición mutualista, el reconocimiento de la pensión se produce en un Régimen diferente al del Régimen General. Un análisis de la Ley 47/1998, en PANIZO ROBLES, J.A. «El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación. (A propósito del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 14. 1999.

<sup>122</sup> El porcentaje anterior se situó en el 7 por 100 (a través de la Ley 24/1997, de 15 de julio) en los casos en que el trabajador que accedía a la jubilación, acreditaba 40 años de cotización y siempre que la extinción de la relación laboral no fuera imputable al propio trabajador.

<sup>123</sup> En la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas de jubilación gradual y flexible. La Ley 35/2002 (así como su antecedente el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de igual título) son consecuencia del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 2001. Un análisis del Acuerdo de 2001 en LÓPEZ GANDÍA, J. «El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo». *Revista de Derecho Social*. N.º 14. 2001; MONEREO PÉREZ, J.L. «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social». *Relaciones Laborales*. N.º 24. Diciembre 2001 y PANIZO ROBLES, J.A. «Comentarios de urgencia al Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 218. CEF. Mayo. 2001.

extinción de la relación laboral, la permanencia del trabajador inscrito, durante un período mínimo de seis meses, en la correspondiente oficina de empleo como demandante de empleo, así como la acreditación de un amplio período de cotización, establecido en 30 años. En tales supuestos, la pensión se reducía en un porcentaje –por cada año que le faltase al trabajador para cumplir los 65 años– cuya cuantía era diferente en función de los años acreditados, situándose entre el 8 por 100 –cuando se acreditaban 30 años– y el 6 por 100 –en los casos de acreditación de 40 años de cotización–.

Tales requisitos –salvo el de permanencia de inscripción en la oficina de empleo<sup>124</sup>– fueron extrapolados, asimismo, a las personas que acreditaran la condición de mutualistas, para el supuesto de jubilación anticipada aplicando los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión más benignos<sup>125</sup> (manteniéndose, no obstante, la posibilidad de jubilación anticipada sin la concurrencia de tales requisitos, pero con la particularidad de reducir la pensión en un 8% por cada año que al trabajador le faltase para el cumplimiento de los 65 años).

Respecto de la Ley 35/2002 (y su antecedente, el RD 16/2001) *vid.*, MANEIRO VÁZQUEZ, Y. «Jubilación flexible y aplicación del RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, aún en ausencia de desarrollo reglamentario». *Aranzadi Social*. N.º 7-8, septiembre 2002; PANIZO ROBLES, J.A. «Las modificaciones en la regulación de la pensión de la Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de la jubilación gradual y flexible)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 237. CEF. Diciembre 2002 y «La nueva regulación de la jubilación parcial (un nuevo paso en el acceso gradual a la jubilación)». *Justicia Laboral*. N.º 12. Noviembre 2002; REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. «La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre». *Relaciones Laborales*. N.º 11. Junio 2003, y TORTUERO PLAZA, J.L. *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reformas y propuesta de capitalización parcial*. Madrid. Civitas. 2002.

<sup>124</sup> Este requisito fue aplicado por la Administración a los trabajadores *mutualistas* que accedían anticipadamente a la jubilación, en virtud de las previsiones de la disposición transitoria 3.ª de la LGSS, con la finalidad de igualar los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, acreditando un largo período de cotización y con una extinción previa de la relación laboral no imputable al mismo. No obstante, esa extensión analógica de las previsiones del artículo 161.3 a los supuestos de la disposición transitoria 3.ª de la LGSS ha sido negada por la jurisprudencia (*vid.*, entre otras, STS de 13 de noviembre de 2006) aduciendo la falta de regulación expresa en la Ley en el sentido indicado. Sobre la cuestión, *vid.*, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «La inmediatez en la solicitud desde el cese en el trabajo, como discutida condición de acceso a la pensión de jubilación anticipada con coeficientes reductores ("Modalidad forzosa")». *Aranzadi Social*. N.º 4. Junio 2006.

<sup>125</sup> La evolución de las altas de jubilación en los últimos años pone de relieve la importancia de las jubilaciones anticipadas en el sistema español de pensiones.

Evolución de la distribución porcentual de las altas de jubilación según edad						
	2002	2003	2004	2005	2006	2007 (*)
<i>Jubilación anticipada</i>	40,49	43,83	49,58	42,00	46,47	44,72
• Con coeficiente reductor	31,80	32,87	33,76	26,98	28,18	26,05
– 60 años	16,95	17,52	16,54	12,90	12,09	10,25
– 61 años	3,60	3,69	4,51	3,81	4,35	4,05
– 62 años	4,84	4,15	4,08	3,77	4,24	3,90
– 63 años	3,10	4,69	4,18	3,37	4,15	3,97
– 64 años	3,31	2,82	4,46	3,04	3,35	3,79
• Sin coeficiente reductor	1,68	1,95	2,58	2,32	2,28	2,26
• Especial a los 64 años	2,98	2,76	4,19	2,90	2,86	3,09
• Parcial	4,03	6,24	9,05	9,80	13,14	13,32
<i>Jubilación con 65 o más años</i>	59,51	56,17	50,42	58,00	53,53	55,28
<i>TOTAL</i>	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

(\*) Datos a octubre de 2007

FUENTE: Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social 2008. MTAS 2007.

En este ámbito, la LMSS introduce las siguientes modificaciones:

a) *La determinación del período de cotización exigido para el acceso a la pensión.*

A los efectos de la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada, el apartado 2 del nuevo artículo 161 bis <sup>126</sup> exige que, como mínimo, se acrediten 30 años de cotización, respecto de los cuales se incorporan dos precisiones, consistente, la primera (que ya se venía aplicando en las disposiciones reglamentarias, aunque no estaba recogida en la norma legal) en precisar que para el cómputo de los años de cotización se tengan en cuenta años completos, sin que pueda equipararse a un año la fracción del mismo <sup>127</sup>. A su vez, además de los años efectivamente cotizados y a los exclusivos efectos de la acreditación del período de 30 años, se computa el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria <sup>128</sup>, dando una solución –si bien muy limitada en sus efectos– a una cuestión debatida en las últimas legislaturas <sup>129</sup>.

b) *La involuntariedad en la rescisión de la relación laboral en el ámbito de un expediente de regulación de empleo (ERE).*

La segunda de las medidas incide en el alcance de la involuntariedad en la extinción de la relación laboral previa a la jubilación, a efectos de poder acceder a la jubilación anticipada o hacerlo en condiciones más favorables, en cuanto a la cuantía de la pensión a percibir.

<sup>126</sup> El artículo 3 de la LMSS introduce una serie de modificaciones técnicas en el anterior artículo 161 en la LGSS, en el siguiente modo:

- Se suprimen en el artículo 161 los apartados 2 y 3 (dedicados a la reducción de la edad de jubilación por trabajos penosos y a la jubilación anticipada) pasando los apartados 4 (acceso a la jubilación desde la situación de IT), 5 (acceso a la jubilación desde la situación «de no alta») y 6 (requisitos para acceder a la jubilación en situación de pluriactividad) a constituir los apartados 2, 3 y 4.
- Se incorpora un nuevo artículo 161 bis, dedicado a la jubilación anticipada, tanto en los supuestos de realización de trabajos penosos y peligrosos, como en los casos de acreditación de un amplio período de cotización.

<sup>127</sup> La equiparación de la fracción de año a un año completo sí se aplica, por el contrario, para la determinación del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora de la pensión para el cálculo de la pensión de jubilación, en función de lo previsto en el artículo 163.1 de la LGSS. En tal sentido, el artículo 9.1 de la Orden de 18 de enero de 1967 prevé que, a efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, la fracción de año –cualquiera que sea el número de días que la compongan– se equipara a un año.

<sup>128</sup> En el apartado 2 c) del nuevo artículo 161 bis de la LGSS.

<sup>129</sup> En este ámbito, la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados aprobó, a iniciativa del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, una Proposición no de Ley, mediante la que se instaba al Gobierno la elaboración de un estudio que analizase las consecuencias de reconocer como cotizado, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, el tiempo de prestación de servicio militar o de prestación social sustitutoria. En el estudio presentado por el Gobierno, se cifró en 247 millones de euros el impacto de adopción de tal medida. Con posterioridad, la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, también a iniciativa del mismo Grupo Parlamentario, aprobó una nueva Proposición no de Ley instando al Gobierno a adoptar las medidas necesarias que permitiesen considerar como cotizado a la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, el tiempo de prestación de servicio militar o de prestación social sustitutoria.

El cómputo del período de servicio militar obligatorio –o de la prestación social sustitutoria– para la acreditación de los 30 años de cotización, a efectos del acceso anticipado a la pensión de jubilación, no se recogía en el Proyecto de Ley y es fruto de la aprobación, en el Congreso de los Diputados, de una enmienda de transacción en relación a las enmiendas 51 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes) y 111 (del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió). *Id.*, el Boletín indicado en la nota 36.

Si bien, la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la LGSS, al regular la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada por parte de los trabajadores que acreditasen la condición de *mutualista* no efectuaba ninguna precisión respecto de la forma en que el interesado había cesado en la actividad, con carácter previo a la jubilación, la Ley 24/1997 –en cumplimiento de las previsiones del Acuerdo de 1996– reguló una mejora de la cuantía de la pensión, en los supuestos en que el pensionista acreditase 40 o más años de cotización y que la extinción de la relación laboral previa se hubiese debido a causa no imputable al interesado.

Esta involuntariedad en la extinción de la relación laboral fue incorporada dentro de los requisitos a que la Ley 35/2002 condiciona el acceso a la pensión de jubilación en los supuestos previstos en el artículo 161.3 de la LGSS (es decir, en aquellos en los que el pensionista, aun no acreditando la condición de mutualista, sin embargo acredita una edad mínima de 61 años y, cuando menos, 30 años de cotización) así como para los casos de *jubilación anticipada mutualista* para aplicar los mismos coeficientes reductores de la pensión previstos en el artículo 161 de la LGSS.

Desde la aplicación de la Ley 24/1997 ha existido una problemática importante –que venía siendo dilucidada en sede judicial– respecto de la aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada en los casos en que la extinción de la relación laboral se llevaba a cabo en el marco de un ERE <sup>130</sup>, en el que el cese en la actividad no se produce *ipso facto*, sino en el marco de unos planes programados a los que, con frecuencia, el trabajador se adhiere de forma voluntaria <sup>131</sup>. Esta voluntariedad llevaba a que la Administración de la Seguridad Social denegase el acceso a la pensión de jubilación –si se pretendía acceder a la misma por los mecanismos del art. 161 LGSS– o –lo que era más frecuente– se procedía a la reducción de la pensión de jubilación aplicando el coeficiente del 8 por 100 por cada año que al solicitante le quedase para cumplir los 65 años de edad, en vez de los coeficientes más reducidos previstos para los supuestos en los que la extinción de la relación laboral no podía imputarse al interesado (en los supuestos de jubilación de trabajadores *mutualistas*).

La posición de la Administración fue avalada por una reiterada línea jurisprudencial <sup>132</sup> que, incluso, negaba el acceso a la pensión o a la mejora de la misma, aunque el solicitante, antes de acceder a la prestación, hubiese pasado por la situación legal de desempleo. Para solucionar en parte este problema y concordar la legislación de la Seguridad Social y la laboral/desempleo, la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 52/2003 modificó ligeramente el artículo 161.3 de la LGSS (así como su transitoria 3.<sup>a</sup>) en orden a que, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, se presume que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria, cuando la extinción del mismo se haya producido por alguna de las

<sup>130</sup> Al amparo de los artículos 41 y 51 del ET.

<sup>131</sup> Voluntariedad más formal que verdadera en la realidad de los hechos.

<sup>132</sup> *Vid.*, la doctrina de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS concretada en Sentencias de 9 de diciembre de 2002, 10 de diciembre de 2002, de 12 de febrero de 2002, 22 de enero de 2002, 12 de febrero de 2003, 30 de abril de 2003, 29 de mayo de 2003, 9 de julio de 2003, 20 de septiembre de 2005, 6 de febrero de 2006 ó 7 de abril de 2006. En todas ellas, se califica la extinción de la relación laboral como voluntaria, cuando la baja en la empresa se ha desenvuelto a través de jubilaciones incentivadas que, al menos formalmente, precisan del consentimiento del trabajador.

causas previstas en el artículo 208.1.1 de esta Ley, que dan lugar a la situación legal de desempleo<sup>133</sup>. A su vez, y para dar «carpetazo definitivo» a este problema, el Acuerdo de 2006 recogió el compromiso de adoptar las medidas normativas que resultaran precisas, en orden a calificar como involuntaria dicha extinción, si la misma derivaba de un ERE, de modo que pudiesen aplicarse, para la determinación de la cuantía de la pensión, los coeficientes reductores más favorables incorporados en el año 2002<sup>134</sup>.

A tal fin, el apartado 2 de la disposición final 3.<sup>a</sup> de la LMSS prevé que, a los efectos de acceso a la jubilación anticipada<sup>135</sup> o para la determinación de la cuantía de la misma<sup>136</sup>, se considera en todo caso que las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004<sup>137</sup> y el 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la LMSS) motivadas por ceses en la relación laboral, producidos en virtud de ERE, tienen carácter involuntario, con la revisión, a instancia de los interesados, de las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada o las cuantías de las pensiones ya reconocidas.

c) *El acceso a la jubilación anticipada sin la exigencia de involuntariedad en la extinción de la relación laboral.*

Aunque en el Acuerdo de 2001 el acceso a la jubilación anticipada con reducción en la cuantía de la pensión, en los supuestos de trabajadores que no acreditasen la condición de *mutualista*, quedaba limitado a los casos en que el cese en la actividad laboral previa al paso a la jubilación tenía carácter involuntario<sup>138</sup>, sin embargo la Ley 35/2002, de 12 de julio, amplió los supuestos regulados al posibilitar que, también en determinados casos<sup>139</sup>

<sup>133</sup> Un análisis del alcance de la modificación en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «La pensión de jubilación anticipada como medio de reestructuración empresarial: efectos que provoca en los trabajadores». *Revista Trabajo y Seguridad Social*. N.º 268. CEF. Julio 2005. LÓPEZ CUMBRE, L. *De la jubilación flexible a la flexibilidad en la jubilación. Los problemas al derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, AA.VV. Ediciones Laborum, SL, Murcia. 2005, o PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 251. CEF. Madrid. Febrero 2004 y «Comentarios a las novedades incluidas en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social». En AA.VV. «Las últimas reformas laborales del año 2003». *Justicia Laboral*. N.º Extraordinario. Ed. Lex Nova. 2004.

<sup>134</sup> Ha de tenerse en cuenta que, en el período intermedio entre la firma del Acuerdo de 2006 y la aprobación del proyecto de la LMSS por el Consejo de Ministros, el TS había variado su posición anterior declarando involuntarias, a los efectos de acceso a la jubilación anticipada, las extinciones de la relación laboral que se produjeran en el marco de un ERE (*vid.*, SSTs de 25 de octubre de 2006, dictada en Sala General, o 24 de octubre de 2006).

<sup>135</sup> En los términos contenidos en la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis de la LGSS.

<sup>136</sup> Conforme al párrafo tercero de la norma 2.<sup>a</sup> del apartado 1 de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la LGSS.

<sup>137</sup> Fecha de entrada en vigor de la Ley 52/2003.

<sup>138</sup> Y con este alcance se incorporó al Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre.

<sup>139</sup> Que pueden identificarse –aunque no exclusivamente– con los ceses pactados en el sector financiero, en los que los trabajadores no acceden a la protección por desempleo, pero sí pactan la percepción de un determinado porcentaje del salario de activo, así como la suscripción de un Convenio especial hasta el momento en que los interesados pasaban a la jubilación anticipada u ordinaria. Estos colectivos podían hasta ahora acceder a la jubilación anticipada, por aplicación del derecho transitorio (si bien reduciendo la cuantía de la pensión en un 8% por cada año de anticipación antes de los 65 años), pero no les resultaban de aplicación los nuevos mecanismos de jubilación anticipada, ya que la extinción de la relación laboral era de carácter voluntario.

de ceses no involuntarios de la relación laboral, se accediese a la jubilación anticipada, condicionando tal posibilidad (además de a la acreditación de los requisitos de edad y cotización <sup>140</sup>) a que el trabajador, como consecuencia del cese, percibiese una cantidad de la forma siguiente:

- Que la empresa, en virtud de acuerdo colectivo, hubiese entregado una determinada cantidad al trabajador. Con ello, quedaba vedado el acceso a la jubilación anticipada, si no se cumplen los requisitos previstos con carácter general, cuando los compromisos de entregar la cantidad que se señala a continuación se hayan establecido en virtud de pacto o acuerdo individual.
- El percibo de la cantidad tenía que haberse producido, como mínimo, durante las 24 mensualidades anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación.
- La cantidad entregada al trabajador, en cómputo anual no podía ser inferior al resultado de sumar las siguientes cantidades <sup>141</sup>:
  - El primer sumando es equivalente a multiplicar por 24 la cuantía de prestación por desempleo que, en su caso, le hubiese podido corresponder al trabajador en la fecha del cese en la actividad <sup>142</sup>.
  - El segundo de los sumandos es igual a multiplicar por 24 el importe de la cuota que, en dicho período, se hubiese satisfecho por el convenio especial que hubiese suscrito el trabajador con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) <sup>143</sup>.
- Para la acreditación de los requisitos señalados, la empresa viene obligada a expedir una certificación en favor del trabajador (para que este la presente ante la entidad gestora) en la que se refleje el importe percibido por aquel, con cargo a la empresa, en los 24 meses anteriores a la solicitud de la pensión.

<sup>140</sup> Tampoco en los supuestos incorporados por la Ley 35/2002 es necesario que los interesados permanezcan inscritos en la correspondiente oficina de empleo y como demandantes de empleo, al menos en los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión.

<sup>141</sup> De acuerdo con las precisiones establecidas en el artículo 1.6 del Real Decreto 1132/2002.

<sup>142</sup> Es decir, el importe resultante de multiplicar por 24 la cuantía de la prestación por desempleo, en la fecha del cese en la actividad, sin que le afecte la reducción que tiene la prestación, por el transcurso del tiempo. Esta operación puede dar un resultado superior a la cuantía global de la prestación por desempleo que hubiese podido corresponder al trabajador (de haber pasado este a la situación legal de desempleo), ya que, conforme a la legalidad vigente, la prestación por desempleo se reduce a partir de los 180 días. El párrafo a), del artículo 1.6. RDJ, no contempla esa eventual reducción, en el tiempo, de la prestación por desempleo, sino que hace referencia a la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

<sup>143</sup> Esta cuota es el resultado de aplicar a la base de cotización del trabajador en la fecha del cese en el trabajo el tipo de cotización general (28,3%) y al producto se le aplica el coeficiente del 0,94, conforme establece el artículo 22 de la Orden TAS/31/2007 sobre cotización a la Seguridad Social en el ejercicio 2007.



En este ámbito, la LMSS incorpora dos precisiones <sup>144</sup> en la forma siguiente:

- La primera –de alcance de importancia– reside en que la obligación de la empresa no tiene que haberse adquirido de forma colectiva, a través del correspondiente convenio o acuerdo colectivo, al permitirse el acceso anticipado a la prejubilación en los casos de acuerdo de prejubilación individual. Dado que, con carácter general, el artículo 161 bis se refiere al acuerdo colectivo, habrá que entender que la nueva regulación se extiende únicamente al personal excluido de la negociación colectiva.
- El segundo supuesto tiene un menor alcance y se limita al cómputo de la cantidad que debe percibir el trabajador y su comparación con la cuantía que, de haber sido un cese involuntario, el trabajador habría percibido de la protección por desempleo. Si hasta ahora la comparación entre ambas magnitudes se hacía en «cómputo anual» con la nueva regulación pasa a efectuarse en «cómputo global».

d) *El cálculo de los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión.*

La tercera de las novedades se dirige a modificar ligeramente el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión en los casos en que se acrediten 30 años de cotización, que pasa a ser del 7,5 por 100, frente al 8 por 100 establecido en la actualidad. A tal efecto, los apartados tres y cinco del artículo 3 LMSS dan nueva redacción al artículo 161.3 y a la disposición transitoria 3.ª de la LGSS, situando los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada, por cada año que le falte al pensionista para cumplir los 65 años en los siguientes:

Período de cotización	Jubilación mutualista		Jubilación anticipada mediando extinción no voluntaria relación laboral
	Sin extinción involuntaria relación laboral	Con extinción involuntaria relación laboral	
Menos de 30 años	8	8	No se aplica
30 años	8	8	8
Entre 31 y 34 años	8	7,5	7,5
Entre 35 y 37 años	8	7	7
Entre 38 y 39 años	8	6,5	6,5
40 o más años	8	6	6

4.2.2. *La mejora de las pensiones por jubilación anticipada causadas antes del 1 de enero de 2002.*

Otro de los ámbitos relacionados con la jubilación anticipada, que es objeto de modificación por la LMSS, se dirige a ofrecer una solución a las demandas de los trabajadores que accedieron a la jubilación anticipada con anterioridad al 1 de enero de 2002, por lo que no pudieron beneficiarse de la minoración de los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión de jubilación establecidas a partir de esa

<sup>144</sup> A través de la nueva redacción del párrafo sexto, apartado 2, artículo 161 bis de la LGSS. Esta nueva regulación es consecuencia de la aceptación en el Pleno del Senado de una enmienda – la n.º 21 – presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos. *Id.*, el Boletín indicado en la nota 51.

fecha <sup>145</sup>. En esta finalidad –y en una línea semejante al Acuerdo de abril de 2001, si bien con mayor precisión y compromiso– el Acuerdo de julio de 2006 previó la adopción de las medidas oportunas que posibilitasen la mejora de la pensión reconocida a esos trabajadores, concretando los destinatarios de la medida (los trabajadores que accedieron de forma involuntaria a la jubilación anticipada antes del 1 de enero de 2002, acreditando 35 o más años de cotización), así como la forma de la mejora (incorporando a la pensión que se venga percibiendo una cantidad a tanto alzado <sup>146</sup>, sin concretar su cuantía) <sup>147</sup>.

Como consecuencia de ello, la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la LMSS precisa el alcance del Acuerdo del modo siguiente:

- a) Son beneficiarios de la mejora los trabajadores que, con anterioridad al 1 de enero de 2002, hubieran causado derecho a pensión de jubilación anticipada, en función de la acreditación de la condición mutualista.
- b) Se precisa, además, la concurrencia de los siguientes requisitos: que se acrediten, de acuerdo con la documentación obrante en la Administración de la Seguridad Social, al menos, 35 años de cotización y que la extinción del contrato de trabajo del que hubiera derivado el acceso a la jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.
- c) La mejora de la pensión consiste en un complemento de cuantía mensual <sup>148</sup>, cuya cuantía varía según la edad en que el trabajador accedió a la pensión de jubilación y fue tenida en cuenta para la determinación del coeficiente reductor del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, conforme a los siguientes tramos:

Edad del trabajador en el momento de causar la pensión (años)	Importe de la mejora (euros/mes)
60	63
61	54
62	45
63	36
64	18

<sup>145</sup> Conforme al Real Decreto-Ley 16/2001 (posteriormente, Ley 35/2002). Con anterioridad y hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1997, el coeficiente reductor era del 8 por 100, en cualquiera de los supuestos de jubilación anticipada, con independencia de cuál hubiese sido, voluntario o involuntario, el cese previo en la empresa; la Ley 24/1997, manteniendo con carácter general el coeficiente del 8 por 100, estableció su cuantía en el 7 por 100, cuando los trabajadores acreditaran 40 o más años de cotización y el acceso a la jubilación hubiese sido precedido de un cese no voluntario en la empresa.

<sup>146</sup> Al incorporar la cantidad a tanto alzado a la pensión pasa a formar parte de la misma con lo que la primera también será objeto de revalorización.

<sup>147</sup> Los colectivos de jubilados anticipados encuadrados en «asociaciones de prejubilados» venían reclamando desde la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2001 la aplicación de los coeficientes reductores previstos en esa disposición a las pensiones causadas con anterioridad a su entrada en vigor. Un detalle de sus reivindicaciones puede verse en la comparecencia de estas asociaciones en la Comisión no Permanente para la valoración del Pacto de Toledo. *Vid.*, el Boletín del Congreso de los Diputados, correspondiente al día 28 de febrero de 2006.

<sup>148</sup> La cuantía de los complementos varía respecto de la consignada en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción respecto de las enmiendas n.º 112 (del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió) y 173 (del Grupo Popular). *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

El importe correspondiente se abona en 14 pagas y se reconoce como variación de la cuantía de la pensión de jubilación, integrándose en la misma a todos los efectos <sup>149</sup>.

- d) La entidad gestora ha de reconocer de oficio o a instancia de parte el derecho a la mejora, dentro del plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley (plazo que finaliza el 31 de marzo de 2008) aplicando la información contenida en la base de datos de prestaciones de la Seguridad Social y en el fichero general de afiliación, que acreditan, respectivamente, los años de cotización cumplidos y el carácter involuntario del cese en el trabajo <sup>150</sup>.

### 4.3. La jubilación anticipada por realización de actividades peligrosas, penosas o tóxicas.

El ordenamiento de la Seguridad Social prevé la reducción de la edad de jubilación, sin que el acceso anticipado tenga incidencia en la cuantía de la pensión, cuando se trata de actividades desarrolladas que tengan índices de peligrosidad, penosidad, toxicidad o insalubridad, autorizando, en tales supuestos, para que el Gobierno proceda a la reducción de la edad de jubilación, mediante Real Decreto, reducción que puede llevarse a cabo fijando una edad inferior a la establecida con carácter general <sup>151</sup> o mediante la aplicación de unos coeficientes reductores de la edad, de cuantía variable y que minoran la edad en función del tiempo desarrollado en la actividad objeto de reducción <sup>152</sup>. En cualquiera de los dos supuestos, el tiempo en que se reduce la edad de jubilación se considera cotizado a efectos del cálculo del importe de la pensión <sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Con lo cual será objeto de las correspondientes revalorizaciones en los ejercicios subsiguientes, sin perjuicio de la aplicación del límite máximo de percepción de pensión pública y, en su caso, de la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo.

Cuando se trate de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales, para fijar el importe del incremento mensual son de aplicación las reglas establecidas en tales normas sobre determinación y cálculo de la cuantía de las pensiones, básicamente la aplicación de la reglas de «prorrata» en función de las cotizaciones acreditadas en España con respecto al total de cotizaciones tenidas en cuenta a efectos del acceso y, en su caso, cálculo de la cuantía de la pensión.

<sup>150</sup> Conforme a la disposición final 6.ª de la LMSS si bien la Ley entra en vigor el día 1 del mes siguiente al de la publicación de la misma en el BOE (es decir, el 1 de enero de 2008) su disposición adicional 4.ª lo hace al día siguiente de dicha publicación (es decir, el 7 de diciembre de 2007).

<sup>151</sup> Supuesto que se da en determinadas categorías de artistas (cantantes, trapezistas o bailarines) o en los profesionales taurinos. En estos casos, la edad de jubilación se adelanta, según los casos, a los 55 o a los 60 años.

<sup>152</sup> Tales coeficientes están regulados en el Régimen Especial de la Minería del Carbón (con oscilaciones entre el 0,05 y el 0,50%, según las categorías) –Decreto 298/1973, de 8 de febrero–; en la Minería no energética (con coeficientes el 0,10 y el 0,50) –RD 2366/1984, de 26 de diciembre–; las actividades marítimo-pesqueras (con coeficientes que se sitúan entre el 0,10 y el 0,50) –Decreto 2309/1970, de 23 de julio–; determinadas categorías de trabajadores ferroviarios (coeficientes del 0,10 y 0,15) –RD 2621/1986, de 24 de diciembre–; categorías de profesionales taurinos y artistas –RD 2621/1986, de 24 de diciembre–; trabajadores de trabajos aéreos (coeficientes del 0,30 y 0,40) –RD 1559/1986, de 28 de junio– y más recientemente a favor de los trabajadores minusválidos (con coeficientes del 0,25 y el 0,50) –RD 1539/2003, de 5 de diciembre, completado por el RD 1311/2007, de 5 de octubre–.

<sup>153</sup> Sobre este tema, *vid.*, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. «Los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad (grandes ignorados por la doctrina científica y, sin embargo, fuente continua de litigios)». *Aranzadi Social*. N.º 1. Mayo 2007, o MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y CABEZAS ESTEBAN, J.L. «Acceso a la pensión de jubilación desde una situación de no alta. ¿Resultan aplicables los coeficientes reductores de edad por trabajo penoso? A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2003». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 260. CEF. Noviembre 2004.

En este ámbito, el Acuerdo Social de 2006 pretendió salir al paso de determinadas reivindicaciones de diferentes colectivos, en orden a que se les reduzca la edad de acceso anticipado a la pensión de jubilación aduciendo el desarrollo de actividades penosas o peligrosas<sup>154</sup>, no tanto para negar esta posibilidad, cuanto para ordenar la forma en que se deba hacer uso de las previsiones contenidas en el artículo 161.2 de la LGSS<sup>155</sup>, estableciendo previamente vías alternativas de pase desde el desarrollo de las actividades peligrosas o penosas a la jubilación y situando el equilibrio económico del sistema como uno de los parámetros a tener en cuenta a la hora de establecer tales coeficientes<sup>156</sup>.

Dentro de los objetivos perseguidos en el Acuerdo, las novedades que la LMSS incorpora en este ámbito son las siguientes:

- a) Se mantiene<sup>157</sup> la posibilidad de que la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación (65 años) puede ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. Reducción de la edad que también puede alcanzar a las personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100<sup>158</sup> en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades (en los términos que se establezcan reglamentariamente) en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> Ejemplo de ello son las reivindicaciones de los bomberos, los miembros de las policías autonómicas o locales, los trabajadores de los sectores mineros o de la pesca o de quienes realizan actividades no extractivas de la piedra.

<sup>155</sup> Artículo 161 bis.1 conforme a la nueva redacción contenida en el artículo 3 de la LMSS.

<sup>156</sup> A tal fin se acuerda proceder al desarrollo reglamentario de las previsiones del artículo 161 bis.1, en orden a la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a nuevas categorías de trabajadores, estableciendo un procedimiento reglado en el que se establezca la obligación de contar previamente con estudios sobre siniestralidad del sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, incidencia de procesos de IT o permanente o requerimientos físicos en la actividad. A su vez, se establece una limitación en la reducción de la edad de jubilación, puesto que, en ningún caso, la aplicación de los coeficientes reductores podrá ocasionar que la edad de acceso a la jubilación pueda ser inferior a los 52 años, previéndose, respecto a los colectivos o regímenes que en la actualidad puedan jubilarse antes de dicha edad, el establecimiento de un período transitorio en la aplicación de la nueva regulación.

<sup>157</sup> A través de la incorporación de un nuevo artículo 161 bis en la LGSS, que recoge la previsión contenida anteriormente en el apartado 2 del artículo 161.

<sup>158</sup> Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la LMSS, a los efectos de la aplicación de la LGSS, se entiende que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, las personas con discapacidad que hayan sido declaradas discapacitadas judicialmente.

Respecto a esta cuestión, aunque la dicción literal de la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la LMSS no se refiera expresamente a ello, habrá que entender que las personas a las que se refiere la misma son aquellas que, estando discapacitadas, es decir, teniendo un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 e inferior al 65 por 100, sin embargo han sido declaradas incapaces en el oportuno procedimiento judicial. Otra interpretación conduciría al absurdo de dar la protección social dispensada a las personas con discapacidad grave a quienes, no teniendo ninguna discapacidad, sin embargo han sido declaradas incapaces por otros motivos (por ejemplo, la prodigalidad en la gestión de sus bienes y patrimonio, conforme a las previsiones del Código Civil).

<sup>159</sup> De la dicción literal del apartado 1 del artículo 161 bis –en la redacción dada por el apartado tres del art. 3 LMSS– se deduce que, en los casos de discapacitados en un grado igual o superior al 45 por 100, en tanto no estén fijadas, en la disposiciones reglamentarias, las correspondientes discapacidades no podrá accederse, de forma anticipada, a la pensión de jubilación.

b) La aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación tienen varias limitaciones, respecto de la regulación anterior:

- Si en la regulación anterior no existía límite alguno en la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación <sup>160</sup>, se establece de forma expresa que la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso puede dar lugar a que el interesado acceda a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 52 años. No obstante, y conforme a la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>, la limitación señalada no se aplica a los trabajadores incluidos en los diferentes regímenes especiales que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siendo de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior <sup>161</sup>.
- Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no van a ser tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la edad exigida para acceder a la jubilación parcial, ni a la jubilación especial a los 64 años, con contrato de sustitución, modificando la regulación anterior <sup>162</sup>, conforme a la cual la edad requerida para acceder a dicha modalidad de anticipación a la pensión de jubilación se entendía sustituida por la edad equivalente, en los casos de reducción de la edad de jubilación por trabajos penosos, peligrosos o tóxicos.
- Los coeficientes tampoco se aplican para determinar la edad de acceso a la jubilación, una vez cumplidos los 65 años a partir de la cual se procede a la mejora de la pensión, alterando de igual modo la normativa anterior <sup>163</sup>.

c) Frente a la indeterminación normativa anterior, que dejaba sin concretar el modo de llevar a cabo el establecimiento de los coeficientes reductores de la edad de jubilación (mas allá de los aspectos formales, consistentes en que la misma habría de producirse a través de una disposición con rango de Real Decreto –y que el mismo habría de dictarse a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales–) la LMSS prevé la elaboración y aprobación de un procedimiento específico, a cuyo fin la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LMSS incorpora en la LGSS una nueva disposición adicional –la 45.<sup>a</sup>– con el siguiente contenido:

---

El nuevo supuesto de reducción de la edad de jubilación no se recogía en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción respecto de las enmiendas 52 (del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida) y 161 (del Grupo Popular). *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>160</sup> Salvo en el Régimen Especial del Mar en cuya regulación específica –art. 3 RD 1131/2007, de 5 de octubre– se establece que la reducción de la edad de jubilación no puede rebasar los 10 años.

<sup>161</sup> Dada la limitación que contenía el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (*vid.*, nota anterior) la previsión de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> únicamente alcanza a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón.

<sup>162</sup> Artículo 9 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. Un análisis del mismo (así como de su complementario –RD 1132/2002, también de 31 de octubre–) en PANIZO ROBLES, J.A. «De nuevo sobre la jubilación flexible (comentario a los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002)». *Relaciones Laborales*. N.º 1. 2003, o REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. «La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre». *Relaciones Laborales*. N.º 11. Junio 2003.

<sup>163</sup> Artículo 3 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre.

- En dicho procedimiento deberá constar de forma necesaria la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad, de modo que quede suficientemente constatada que concurren las exigencias previstas en el artículo 161 bis de la LGSS.
  - Se opta por la búsqueda de fórmulas alternativas de cese en la actividad, ya que la aplicación de nuevos coeficientes reductores de la edad de jubilación se configura sustitutiva de la modificación de las condiciones de trabajo, que deberá ser la vía ordinaria de resolución de estas situaciones, de manera que se aboga por el establecimiento de fórmulas como la segunda actividad o el traslado a actividades menos peligrosas, antes de que pueda acordarse la reducción de la edad de jubilación. En consecuencia y de acuerdo con las previsiones de la adicional 45.<sup>a</sup> de la LGSS, el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación solo procede cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo.
  - En el caso de que hubiese de optarse por la reducción de la edad de jubilación, por no ser posibles las fórmulas alternativas en el cese en las actividades penosas, peligrosas o tóxicas, la medida que establezca la reducción de la edad deberá ir acompañada de los ajustes necesarios en la cotización del colectivo beneficiario de la anticipación en el acceso a la jubilación, de modo que se mantenga el equilibrio económico y financiero del sistema <sup>164</sup>.
- d) Por último, la LMSS contempla de forma expresa la situación de un colectivo determinado que, durante los últimos años, había venido reclamando la reducción de la edad de jubilación, al considerar que la penosidad, peligrosidad y toxicidad de la actividad desarrollada la situaban dentro de las señaladas en el artículo 161 bis de la LGSS <sup>165</sup>, como es el de los bomberos, respecto de los que la disposición adicional 22.<sup>a</sup> <sup>166</sup> establece que el Gobierno

<sup>164</sup> En relación con la jubilación anticipada en razón de la realización de trabajos que sean declarados penosos, tóxicos o peligrosos, ha de tenerse en cuenta el contenido del apartado 4 del artículo 26 del Estatuto del Trabajo Autónomo (aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio) que prevé la posibilidad de establecer mecanismos de jubilación anticipada de los trabajadores por cuenta propia, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, si bien se precisa que esos mecanismos de jubilación anticipada se lleve a cabo en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

En aplicación del mismo, han de diferenciarse supuestos en los que, de acuerdo con el propio artículo 26.4 se precisará desarrollo reglamentario, de aquellos en los que dicha aplicación puede ser directa. Entre los primeros, se entienden comprendidos los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena (en los términos contemplados en el art. 161 bis.1 y en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre), así como los trabajadores por cuenta propia que lleven a cabo las actividades de trabajos aéreos, en los grupos indicados en el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio.

Por el contrario, para la aplicación a los trabajadores autónomos de las demás disposiciones reglamentarias que establecen edades de jubilación inferiores a la ordinaria o los correspondientes coeficientes reductores habrá que esperar a las correspondientes disposiciones reglamentarias, bien en desarrollo del propio Estatuto del Trabajo Autónomo, bien de la LMSS.

<sup>165</sup> Artículo 161.2 en la redacción anterior a la LMSS.

<sup>166</sup> Disposición incorporada en el Proyecto de Ley como consecuencia de la aprobación en el Congreso de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 73 (Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes) y 109 (Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió). *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

presente a la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, previo su análisis por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social <sup>167</sup>, un informe sobre las medidas a adoptar para dar cumplimiento a las iniciativas parlamentarias aprobadas por la Cámara <sup>168</sup>, en relación con la reducción de la edad de acceso a la pensión de jubilación por parte del colectivo de los bomberos <sup>169</sup>.

#### 4.4. Adaptaciones en la jubilación de la jubilación parcial.

La interrelación entre los contratos a tiempo parcial y la normativa de Seguridad Social ha sido siempre compleja, cuestión motivada, entre otras causas, por el hecho de que los sistemas de protección social fueron articulados en unos momentos en que las relaciones laborales estaban basadas en contratos estables y a tiempo completo, por lo que aquellos se adecuan con dificultad con unas relaciones laborales en las que el tiempo de trabajo puede ser reducido o intermitente. De otra parte, las reformas operadas en los ejercicios 2001 y 2002, respecto de la jubilación parcial y el contrato de relevo, configuraron unas condiciones muy ventajosas para la jubilación parcial <sup>170</sup>, que la convirtieron en una de

<sup>167</sup> La Comisión de Seguimiento del Acuerdo se regula dentro del mismo y está compuesta, aparte de por la Administración, por las mismas organizaciones que suscribieron aquel.

<sup>168</sup> Además de la problemática de la edad de jubilación de los bomberos (que se comenta en la nota siguiente) entre las iniciativas indicadas pueden mencionarse:

- La Proposición no de Ley en relación con los trabajadores dedicados a la actividad no extractiva de la piedra.
- La Resolución, adoptada con motivo del Debate sobre el Estado de la Nación, de 5 de julio de 2007, sobre reducción de la edad mínima de jubilación en el Régimen del Mar, extendiendo los coeficientes correspondientes al colectivo de neskatillas, rederas y empacadoras de pescado, iniciativa que ha tenido su continuación en la interpelación dirigida al Gobierno por el Grupo Parlamentario Vasco, con fecha 22 de noviembre.
- La Proposición no de Ley relativa a la reducción de la edad de jubilación de determinados grupos dedicados a la actividad minera.
- O la Resolución aprobada por el Congreso el 6 de junio de 2006, respecto a la reducción de la edad de jubilación de los miembros de policías autonómicas integrales, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la disposición adicional 32.ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, conforme a la cual el Gobierno, en el plazo más breve posible, habría de presentar un informe en el que se analizase la situación de los funcionarios de las policías autonómicas en el nuevo marco de la jubilación gradual y flexible en función de la edad de jubilación en comparación con el resto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

<sup>169</sup> Durante la VIII legislatura se han aprobado tres Proposiciones no de Ley ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, mediante las que se instaba al Gobierno a adoptar las medidas necesarias en orden a la reducción de la edad de jubilación de los bomberos, así como a la inclusión, en el cuadro de enfermedades profesionales, de aquellas con mayor incidencia en la actividad desarrollada por tales profesionales.

En tal sentido, en el mes de junio de 2007, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales alcanzó un acuerdo con las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT, sobre la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación al colectivo de trabajadores de los servicios públicos de bomberos. Este acuerdo fue precedido de una serie de conversaciones y estudios realizados en esta legislatura, contando para ello con la colaboración de la Plataforma Unitaria de Bomberos y de la realización de estudios sobre la edad de jubilación del colectivo en el ámbito de la Unión Europea, las condiciones de siniestralidad en el sector, y los recargos en las cotizaciones necesarios para mantener el equilibrio económico del sistema, estudios que sirvieron para fundamentar la solución al problema.

España es en la actualidad uno de los dos únicos países de la Unión Europea en los que la edad legal de jubilación se aplica sin especificidades al colectivo de bomberos.

Un análisis más detallado de la cuestión en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

<sup>170</sup> Según los datos contenidos en el Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social para 2008, la cuantía media (euros/mes) de la pensión de las altas de jubilación anticipada, según las diferentes modalidades de acceso a la misma, ha sido la siguiente:

las modalidades «estrellas» de la jubilación anticipada con el peligro de que la evolución del sistema de pensiones desembocase en que una institución jurídica pensada para momentos de crisis económica y de reparto del trabajo se convirtiese, a medio plazo, en el acceso normal a la jubilación <sup>171</sup>.

El Acuerdo de julio de 2006 se dirige a modificar las condiciones de acceso a la jubilación parcial <sup>172</sup> en dos aspectos: de un lado, estableciendo condiciones adicionales a los trabajadores que acceden a la jubilación parcial; de otro, estableciendo una correspondencia de bases de cotización entre la aplicable al jubilado parcial y la que le corresponde al trabajador que releva al primero en la jornada dejada de realizar. Tales objetivos se trasladan a la LMSS mediante la modificación del artículo 166 de la LGSS, en la forma que se explicita en los apartados siguientes.

#### 4.4.1. Los requisitos exigidos al jubilado parcial.

La nueva redacción del artículo 166 de la LGSS <sup>173</sup> altera los requisitos exigidos al trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial del modo siguiente:

- a) Se modifica la edad del trabajador que, de situarse en los 60 años <sup>174</sup>, pasa a ser de 61 años <sup>175</sup>, si bien con tres matizaciones esenciales:
- La modificación de la edad no alcanza a los trabajadores mutualistas (es decir, a quienes acrediten la afiliación y alta en una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena antes del 1 de enero de 1967) quienes podrán seguir accediendo a la jubilación parcial a los 60 años.

Modalidad	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Jubilación anticipada	871,85	940,81	1.026,15	1.064,83	1.115,04	1.155,17
Jubilación parcial	1.185,80	1.240,42	1.294,39	1.334,40	1.349,67	1.358,00
Total jubilación	758,74	819,61	898,59	923,38	990,75	1.035,48

<sup>171</sup> Las cifras de la evolución de las altas de jubilación parcial así parecían indicarlo.

Evolución de las altas de jubilación parcial			
Ejercicio	N.º altas	Incremento. s/ año anterior	% altas jubilación anticipada
2002	6.985	–	8,35
2003	10.867	59,36	14,24
2004	15.740	44,84	18,25
2005	20.928	32,96	23,34
2006	27.809	32,88	28,28
2007 (junio)	15.005	8,24	29,21

FUENTE: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.  
Informe Económico-financiero al Presupuestos de la Seguridad Social para 2008.

<sup>172</sup> Para la regulación anterior a la LMSS, *vid.*, FERRADANS CARAMES, C. «El contrato de relevo y la jubilación parcial en un contexto de fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores». *Revista de Derecho del Trabajo*. N.º 130. 2006.

<sup>173</sup> Conforme al artículo 4 de la LMSS.

<sup>174</sup> O la edad equivalente en caso de aplicación de mecanismos de reducción de la edad de jubilación por la realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos.

<sup>175</sup> Conforme al apartado 2 del artículo 166 de la LGSS.



- Para los trabajadores *no mutualistas*, la exigencia del requisito de la edad de 61 años se produce en un proceso paulatino de aplicación de seis años, incrementándose en dos meses por cada año la actual edad de 60 años <sup>176</sup>.
- Por último, y frente a la regulación actual <sup>177</sup>, a los efectos de la acreditación de la edad que posibilita el acceso a la jubilación parcial, se exige el cumplimiento efectivo de edad, sin que la misma pueda ser reducida mediante la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores, establecidos por la realización de trabajos penosos, peligrosos, tóxicos o insalubres <sup>178</sup>.

b) Se ha de tener una determinada antigüedad en la empresa (o en el grupo de empresas) que se fija en seis años <sup>179</sup>, si bien con un período paulatino de aplicación <sup>180</sup> todo ello con el fin de evitar incorporaciones abusivas en la jubilación parcial <sup>181</sup>.

<sup>176</sup> De acuerdo con el apartado 1 de la disposición transitoria 17.<sup>a</sup> de la LGSS (incorporada por el apartado Dos del art. 4 LMSS) el proceso paulatino de aplicación de exigencia del cumplimiento de la edad de 61 años, por parte del trabajador «no mutualista» será el siguiente:

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2008: 60 años.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2009: 60 años y 2 meses.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2010: 60 años y 4 meses.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2011: 60 años y 6 meses.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2012: 60 años y 8 meses.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2013: 60 años y 10 meses.  
 A partir del 1 de enero de 2014: 61 años.

No obstante, si en el momento en que se cause la jubilación parcial el interesado acredita seis años de antigüedad en la empresa y 30 de cotización a la Seguridad Social, se puede acceder a la jubilación parcial a partir de los 60 años de edad (y con una reducción de la jornada laboral entre el 85 y el 25%) siempre que se contrate, mediante el contrato de relevo, a otro trabajador desempleado –o con un empleo de duración determinada en la empresa– con un contrato indefinido y a tiempo completo.

A las previsiones sobre aplicación gradual de las exigencias en el contrato a tiempo parcial del jubilado parcial (o, en su caso, del contrato de relevo) contenidas en la nueva disposición transitoria 17.<sup>a</sup> de la LGSS se remite la nueva disposición transitoria 14.<sup>a</sup> del ET, incorporada por la disposición adicional 29.<sup>a</sup> de la LMSS. Esta disposición, no recogida en el Proyecto de Ley, es resultado de la aprobación en el Senado de la enmienda 93 del Grupo Parlamentario Socialista. *Vid.* el Boletín señalado en la nota 51.

<sup>177</sup> *Vid.*, artículo 9 del Real Decreto 1131/2002.

<sup>178</sup> De acuerdo con el contenido del apartado 2 a) del artículo 166 de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 4 de la LMSS.

<sup>179</sup> Apartado 2 b) del artículo 166 de la LGSS. Para el cómputo de la antigüedad de los seis años se computa de igual forma la acreditada en una empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del ET, o cuando se trate de empresas del mismo grupo.

Conforme al artículo 44 del ET, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. A tales efectos, se considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

<sup>180</sup> Conforme al apartado 2 de la disposición transitoria 17.<sup>a</sup> de la LGSS, el proceso paulatino de aplicación en la exigencia de determinada antigüedad en la empresa es el siguiente:

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2008: 2 años de antigüedad en la empresa.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2009: 3 años.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2010: 4 años.  
 Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2011: 5 años.  
 A partir del 1 de enero de 2012: 6 años.

<sup>181</sup> Por ejemplo, contratando a un trabajador en la empresa que, casi sin solución de continuidad, pasa a la jubilación parcial. Sobre la problemática del trabajador autónomo convertido en asalariado para, casi sin solución de continuidad desde la firma del contrato de trabajo, pasar a la jubilación parcial, *vid.*, MARTÍNEZ-GUÍN MACHUCA, A. «La jubilación parcial de autónomos convertidos en asalariados. ¿defrauda el trabajador o el legislador?». *Aranzadi Social*. N.º 12. Septiembre 2007.

- c) Asimismo, el trabajador ha de acreditar un período efectivo de cotización de 30 años<sup>182</sup> –período que coincide con el que se exige para el acceso a la jubilación anticipada con reducción en la cuantía de la pensión–, nuevo requisito aplicable de igual modo con un período paulatino<sup>183</sup>.
- d) Por último, se minora el abanico de reducción de la jornada de trabajo que puede efectuar el jubilado parcial, respecto de la jornada que venía realizando previamente, pues de una horquilla entre el 85 y el 25 por 100<sup>184</sup> se fija la reducción de jornada en el intervalo 75-25 por 120<sup>185</sup>, también exigible en modo paulatino<sup>186</sup>. No obstante, se prevé que se pueda mantener el intervalo del 85 y el 25 por 100, cuando, mediante el contrato de relevo se contrate a un trabajador por tiempo indefinido y a jornada completa, siempre que, además, en el momento de acceso a la jubilación parcial, el jubilado acredite seis años de antigüedad en la empresa y 30 de cotización.

<sup>182</sup> Apartado 2 d) del artículo 166 de la LGSS. El período de 30 años es efectivo, sin que se tengan en cuenta las cotizaciones correspondientes a pagas extraordinarias.

<sup>183</sup> La aplicación en la exigencia de los 30 años de cotización se efectuará, de acuerdo con las previsiones del apartado 4 de la disposición transitoria 17.ª de la LGSS, del modo siguiente:

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2008: 18 años de cotización a la Seguridad Social.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2009: 21 años.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2010: 24 años.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2011: 27 años.

A partir del 1 de enero de 2012: 30 años.

La medida apenas tiene incidencia, si se tiene en cuenta que, de las altas causadas en jubilación parcial, en más del 94 por 100 de las mismas se acreditaban 31 o más años de cotización.

Altas iniciales de jubilación parcial en 2006 según años cotizados (en % sobre el total)	
Período de cotización	% sobre total
Hasta 15	0,06
De 16 a 20 años	0,63
De 21 a 25 años	1,51
De 26 a 30 años	4,29
De 31 a 35 años	14,68
De 36 a 40 años	29,97
De 41 a 45 años	40,18
Más de 45 años	8,68

FUENTE: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

*Informe Económico-financiero al Presupuestos de la Seguridad Social para 2008.*

<sup>184</sup> En la época de la implantación de la modalidad de jubilación parcial –1984– la reducción de la jornada por parte del trabajador que accedía a la jubilación era, en todos los casos, igual al 50 por 100 de la jornada ordinaria; en 1998 –y como consecuencia del Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial, de 13 de noviembre de 1998– el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, estableció una horquilla de reducción de la jornada entre un máximo del 77 por 100 y un mínimo del 25 por 100, horquilla que se amplió a un máximo del 85 por 100 y un mínimo del 25 por 100 –con base en las previsiones contenidas en el RDL 5/2001, de 2 de marzo (sustituida posteriormente por la Ley 12/2001, de 9 de julio)–.

<sup>185</sup> Apartado 2 c) del artículo 166 de la LGSS. Este intervalo de porcentaje de reducción de la jornada también se aplica en los casos de jubilación parcial, por trabajadores con 65 o más años, en los términos regulados en el apartado 1 del artículo 166 de la LGSS. En estos supuestos, el acceso a la jubilación parcial no precisa que, con carácter simultáneo a la jubilación parcial, se produzca la celebración de un contrato de relevo con un trabajador desempleado o un trabajador de la empresa, con un contrato de duración determinada.

<sup>186</sup> El pase desde el intervalo 85-25 por 100 al del 75-25 por 100 se va a llevar a cabo, conforme a las previsiones del apartado 3 de la disposición transitoria 17.ª de la LGSS, del modo siguiente:

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2008: 85-25 por 100.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2009: 82-25 por 100.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2010: 80-25 por 100.

Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2011: 78-25 por 100.

A partir del 1 de enero de 2012: 75-25 por 100.

En síntesis, las exigencias para el acceso a la jubilación parcial será, en cada momento las siguientes:

Exigencias en el cumplimiento de los nuevos requisitos para acceder a la jubilación parcial				
Período	Edad (*)	Antigüedad en la empresa	Período acreditado de cotización	Intervalo reducción de jornada
Del 1 al 31 de diciembre 2008	60 años	2	18	85-25%
Del 1 al 31 de diciembre 2009	60 años y 2 meses	3	21	82-25%
Del 1 al 31 de diciembre 2010	60 años y 4 meses	4	24	80-25%
Del 1 al 31 de diciembre 2011	60 años y 6 meses	5	27	78-25%
Del 1 al 31 de diciembre 2012	60 años y 8 meses	6	30	75-25%
Del 1 al 31 de diciembre 2013	60 años y 10 meses	6	30	75-25%
A partir del 1 de enero de 2014	61 años	6	30	75-25% (**)

(\*) La edad seguirá siendo de 60 años para los trabajadores *mutualistas*.

(\*\*) El intervalo continuará entre el 85 y el 25 por 100 si el relevista es contratado en un contrato indefinido y a jornada completa.

#### 4.4.2. Condiciones respecto del trabajador relevista <sup>187</sup>.

Respecto del trabajador que releva al jubilado parcial <sup>188</sup>, manteniéndose las exigencias de que se trate de un trabajador desempleado, que es contratado por tiempo indefinido o de un trabajador de la propia empresa, que es contratado por tiempo indefinido o que mejora la jor-

<sup>187</sup> Como se ha indicado, las modificaciones operadas en el artículo 166 de la LGSS obligan a la alteración, de igual modo, de la regulación, en el ámbito laboral, del contrato de relevo. En tal sentido, la disposición adicional 29.<sup>a</sup> de la LMSS da nueva redacción al apartado 6 del artículo 12 del ET (en lo que se refiere a la jubilación parcial, en la que se produce una referencia a lo establecido en la legislación de la Seguridad Social) al tiempo que se incorpora, en dicho artículo, un nuevo apartado 7, concretado en el contrato de relevo, a cuyo tenor:

- El contrato de relevo se puede celebrar con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.
- La duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial ha de tener una duración indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continúa en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.
- En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido 65 años, la duración del contrato de relevo que puede celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo puede ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorroga automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.
- El contrato de relevo puede celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial; en todo caso, la duración de la jornada debe ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.
- El puesto de trabajo del trabajador relevista puede ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, debe existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, correspondencia fijada en el 65 por 100 de la base que traía el jubilado parcial.
- En la negociación colectiva se pueden establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

<sup>188</sup> *Vid.*, FERRADANS CARAMES, C. «El contrato de relevo...», *op. cit.*

nada de trabajo, al asumir la que deja abandonada el jubilado parcial, así como que el trabajo a desempeñar por aquel sea de la misma categoría o grupo profesional que el que corresponde al jubilado parcial, sin embargo se establece un cierto margen de flexibilidad, al posibilitar que se pueda concertar el contrato de relevo, aunque el puesto de trabajo del jubilado parcial y el del relevista no correspondan al mismo grupo o categoría, si, al menos, la base de cotización del relevista es equivalente, como mínimo, al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el jubilado parcial <sup>189</sup>.

A tal fin, se prevé que en los reglamentos de aplicación de la Ley se establezcan los requerimientos específicos del trabajo, a efectos de que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda considerarse como el mismo o uno similar al desarrollado por el jubilado parcial <sup>190</sup>.

Además, y de forma expresa en la legislación de la Seguridad Social <sup>191</sup> se prevé que el contrato de relevo ha de tener una duración que, como mínimo, sea igual al período que le falte al trabajador que se jubila parcialmente para cumplir los 65 años.

#### 4.4.3. Aplicación de los nuevos requisitos.

Por último, se prevé una cláusula de salvaguardia (apartado 5 de la disp. trans. 17.<sup>a</sup> LGSS) para la aplicación a los compromisos de jubilación parcial contenidos en los convenios colectivos, a fin de no interferir —o hacerlo con el menor grado de interferencia— en la negociación colectiva, ya que las nuevas reglas de la jubilación parcial solamente serán exigibles respecto de los convenios y acuerdos colectivos aprobados con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición que lleve al ordenamiento jurídico las mismas, siendo aplicable a los anteriores las reglas contenidas en la legislación anterior <sup>192</sup> durante la vigencia de aquellos y, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2009.

<sup>189</sup> El artículo 12.7 d) del ET dispone una correspondencia entre los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, al indicar que el puesto de trabajo de este último podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

A su vez, el apartado 2 del artículo 22 del ET considera grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales, mientras que, de acuerdo con el apartado 3 del mismo precepto, una categoría profesional es equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

<sup>190</sup> No obstante, se entiende que, en tanto no se hayan establecido los requerimientos señalados, procede la jubilación parcial y el contrato de relevo, siempre que exista la correspondencia de bases entre la que venía cotizando el jubilado parcial y por la que va a cotizar el relevista.

La previsión de la exigencia de desarrollar reglamentariamente los requerimientos específicos del trabajo, a efectos de que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda considerarse como el mismo o uno similar al desarrollado por el jubilado parcial, no constaba en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación, por el Congreso de los Diputados, de una enmienda objeto de transacción con la enmienda 95 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>191</sup> Párrafo f) del artículo 166.2 de la LGSS, coincidente con las previsiones del nuevo apartado 7 del artículo 12 del ET.

<sup>192</sup> Contenidas en el Real Decreto 1131/2002.

#### 4.4.4. La jubilación parcial en el caso de los funcionarios públicos.

El acceso a la pensión de jubilación parcial está limitada, en la situación actual, al ámbito del personal sujeto a relación laboral, ya que –como se ha indicado– es un presupuesto condicionante que el jubilado parcial sea sustituido, en la jornada abandonada, por otro trabajador, mediante un contrato en los términos contenidos en el artículo 12.6 del ET, circunstancia que no puede llevarse a cabo en el ámbito funcional.

No obstante, en el ámbito de la función pública se han producido dos circunstancias que, de alguna forma, han modificado esta situación:

- a) De una parte, la aprobación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto Marco del Personal Sanitario, en cuyo artículo 26.4 se indica que el personal estatutario puede optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. No obstante, la Administración de la Seguridad Social ha venido denegando la posibilidad de acceso a la jubilación parcial del personal estatutario, al no poder existir, con carácter simultáneo a la jubilación parcial, un contrato de relevo <sup>193</sup>.
- b) De otra, la reciente aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público <sup>194</sup>, en cuyo artículo 67 –y con una redacción algo confusa– se prevé (apartado 2) que por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se pueden establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial aplicables a los empleados públicos y, al tiempo (apartado 4) que procede la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le fuese aplicable.

A pesar del contenido de artículo 67 del Estatuto del Empleado Público, resulta compleja la aplicación de las previsiones legales citadas, si se tienen en cuenta los condicionantes de la jubilación parcial, en los términos expuestos, y, en especial, en lo que se refiere a la exigencia de la sustitución del jubilado parcial por otro trabajador, condición que no es fácilmente aplicable a los empleados públicos teniendo en cuenta la dificultad –cuando no, en determinados supuestos, la imposibilidad legal– de que un funcionario sea sustituido en sus cometidos por una persona sujeta a relación laboral.

La LMSS es consciente de estas dificultades, a cuya finalidad la disposición adicional 7.<sup>a</sup> <sup>195</sup>, referida a la aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos, establece que, en el plazo de un año <sup>196</sup>, el Gobierno ha de presentar un estudio sobre la

<sup>193</sup> *Vid.*, INSS. Criterio jurídico de aplicación 2007/9.

<sup>194</sup> Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

<sup>195</sup> La disposición adicional 7.<sup>a</sup> no se recogía en el Proyecto de Ley y es el resultado de la transacción, efectuada en el Congreso de los Diputados, sobre la enmienda 123 del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>196</sup> Plazo que finaliza el día 31 de diciembre de 2008.

normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes, estudio en el que –conforme a las previsiones legales– ha de contemplarse de forma expresa la especialidad del personal estatutario dependiente de los Servicios de Salud <sup>197</sup>.

#### 4.5. Incentivos a la prolongación de la vida laboral.

En la mayor parte de los países desarrollados, las tasas de actividad de los trabajadores de edad han venido disminuyendo constantemente en las tres últimas décadas, con especial incidencia en los colectivos menos cualificados, situación que también se ha producido en el ámbito español. En este marco, parte de las reformas legislativas operadas desde el ejercicio 2001 ha tenido como objetivo adicional favorecer que los trabajadores permaneciesen en la actividad, más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de acceso a la jubilación, con la finalidad de aumentar la tasa de actividad de estos colectivos, siguiendo al efecto medidas similares adoptadas en el entorno europeo, en el cual se manifiesta de igual forma la baja tasa de actividad de las personas con 65 o más años <sup>198</sup>.

Son varias las medidas que, como consecuencia del Acuerdo de 2006, se contienen en la LMSS con la finalidad de diferir, de modo voluntario, el acceso a la pensión de jubilación más allá de los 65 años, en los casos en que el trabajador, pudiendo solicitar la pensión en ese momento, demore la misma, como son el incremento de la cuantía de la pensión en los casos en que los trabajadores acceden a la misma

<sup>197</sup> En el que se han de tener en cuenta las singularidades que están presentes en el personal estatutario. La circunstancia de que el estudio que ha de preparar el Gobierno contemple, de forma diferenciada, la particularidad del personal estatutario proviene de una enmienda aprobada en el Pleno del Senado, en base a la enmienda n.º 78 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 51.

<sup>198</sup> La edad efectiva (en años) de acceso a la jubilación en los países de la Unión Europea era, según los datos de EUROS-TAT, la siguiente:

Sistema	Edad acceso a jubilación	Sistema	Edad acceso a jubilación
Polonia	57,0	Finlandia	61,5
Luxemburgo	57,7	Alemania	61,6
Bélgica	57,9	Letonia	61,6
Italia	58,4	Grecia	61,7
Francia	58,8	Dinamarca	62,2
Eslovenia	59,5	España	62,6
Austria	59,6	Lituania	63,4
Hungría	59,6	Reino Unido	63,8
Eslovaquia	60,2	Suecia	63,9
Malta	60,4	Portugal	64,2
Países Bajos	60,5	Irlanda	64,4
Europa 25	60,7	Chipre	65,0
Bulgaria	60,9	Estonia	65,0
Chequia	61,0		

más allá del cumplimiento de los 65 años de edad, teniendo en ese momento derecho a su reconocimiento, y la extensión de las bonificaciones de cuotas a los trabajadores de más edad que se mantienen en la actividad en la correspondiente empresa<sup>199</sup>.

#### 4.5.1. La pensión «diferida».

La legislación de la Seguridad Social prevé la forma de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, de manera que sobre la base reguladora (promedio de las bases de cotización acreditadas por el interesado en los 15 años anteriores al hecho causante) se aplica un porcentaje que varía en función del período acreditado por el interesado, si bien acreditando 35 años de cotización se alcanza el 100 por 100. Por ello, cuando un trabajador llegaba a una «carrera de seguro» de esa duración, los períodos de cotización adicionales no tenían la misma incidencia en la cuantía de la pensión de jubilación, pues si bien los mismos podían afectar a la base reguladora, sin embargo no alteraban el porcentaje a aplicar sobre la misma, al haberse alcanzado el 100 por 100.

Con la finalidad de potenciar el mantenimiento en la actividad de los trabajadores de más edad, el artículo 10 de la Ley 35/2002 (a través de la modificación del art. 163 LGSS) posibilitó que la cuantía de la pensión de jubilación pudiese incrementarse más allá del 100 por 100 de la base reguladora, en los supuestos en que se accediese a la pensión de jubilación una vez cumplidos los 65 años, siempre que, en dicha fecha, el interesado ya hubiese acreditado 35 años de cotización<sup>200</sup>. La reforma de 2002 apenas ha tenido efectos prácticos debido a dos motivos: de una parte, que solo procedía la aplicación del incentivo en los supuestos de largas carreras de cotización; de otra, que el incremento de pensión podía no tener reflejo real en el importe de la misma, si su cuantía se ve afectada por el límite máximo de pensión pública<sup>201</sup>.

Por ello, el nuevo Acuerdo social de 2006 pretendió solventar las deficiencias de la regulación anterior, con la finalidad de incrementar el número de cotizantes que deciden voluntariamente llegar a la edad ordinaria de jubilación o retrasarla, incentivando la prolongación voluntaria de la vida laboral por encima

<sup>199</sup> Sobre la incidencia de la edad en las acciones positivas de empleo, *vid.*, BAZ TEJEDOR, J.A. «Reflexiones acerca de la edad en las políticas activas de empleo». *Relaciones Laborales*. N.º 22. 2007.

<sup>200</sup> Conforme al artículo 31 del Real Decreto 1132/2002 –que desarrolla las previsiones legales– en los casos en que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora es el resultado de sumar al 100 por 100, un 2 por 100 adicional por cada año completo que, en la fecha del hecho causante de la pensión, se haya cotizado desde el cumplimiento de los 65 años, siempre que en dicho momento el interesado tenga acreditados 35 años de cotización; si el trabajador no tuviera acreditado dicho período de cotización, el porcentaje adicional indicado se aplicará, cumplidos los 65 años, desde la fecha en que se haya acreditado dicho período de cotización. Para la acreditación de si el trabajador tiene o no 65 años, se tienen en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. De igual modo, para la acreditación de los 35 años de cotización, se consideran los días y años de cotización, según edad, a que se refiere la disposición transitoria 2.ª 3 b) de la Orden de 18 de enero de 1967, así como los que resulten acreditados, por la aplicación de los coeficientes en razón de la realización de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres.

<sup>201</sup> Piénsese en un trabajador que viniese cotizando por la base máxima y que, en el cumplimiento de los 65 años de edad, hubiese acreditado ya los 35 de cotización; aunque se jubilase a los 68 años, el haber demorado en tres años su acceso a la jubilación apenas tendría efectos en la cuantía de la pensión, ya que, tanto en la fecha del cumplimiento de los 65 años, como en el momento de acceso a la jubilación, se le aplicaría el límite máximo de percepción de pensión pública.

de la edad ordinaria de jubilación en la totalidad de las situaciones, con independencia de los años cotizados, siempre que superen el período mínimo exigible para acceder a la prestación –los 15 años–.

En el objetivo de incorporar al ordenamiento jurídico los compromisos del Acuerdo, la LMSS<sup>202</sup> modifica el artículo 163 de la LGSS, en los siguientes términos:

- a) En los casos en que se acceda a la jubilación con edad superior a los 65 años<sup>203</sup>, y siempre que al cumplir esta edad se acredite como mínimo 15 años de cotización, se reconoce al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por 100 por cada año completo transcurrido<sup>204</sup> entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, porcentaje que se eleva al 3 por 100 cuando el interesado hubiera acreditado, al menos, 40 años de cotización al cumplir 65 años<sup>205</sup>.

El porcentaje adicional se suma al que con carácter general corresponda –conforme al art. 163.1 LGSS– aplicándose el porcentaje resultante a la base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, sin que en ningún caso se pueda superar el importe del límite máximo de pensión pública<sup>206</sup>.

- b) Si, en el momento de reconocer la pensión, la cuantía de la misma alcanza el límite de pensión pública, sin que se haya aplicado el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, el interesado tiene derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtiene aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento<sup>207</sup>, también en cómputo anual<sup>208</sup>.

<sup>202</sup> A través del apartado 4 del artículo 3 de la LMSS.

<sup>203</sup> Edad que debe ser efectiva o real, sin que frente a la regulación anterior (*vid.*, art. 3 RD 1132/2002, de 31 de octubre) se entienda cumplida dicha edad por la aplicación de los coeficientes reductores en razón de la realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos.

<sup>204</sup> En la redacción del artículo 163.3 de la LGSS (a través de la Ley 35/2002) se precisaba que se trataba de años –posteriores al cumplimiento de los 65 años– cotizados en función de la actividad que se continúa realizando. A pesar de que esta expresión (*cotizados*) no se utiliza en la redacción del precepto dada por el artículo 3 de la LMSS, no cabe duda de que se trata también de períodos de actividad y, en consecuencia, objeto de cotización.

<sup>205</sup> De modo, por ejemplo, que si un trabajador que a los 65 años tenía acreditados 30 años de cotización y se jubila a los 67 años, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora sería el 98 por 100, es decir, el resultado de sumar al 94 por 100 –de acuerdo con la escala del art. 163.1 LGSS en razón de los 32 años que se acreditarían a los 67 años– un 4 por 100 adicional ( $2\% \times 2$ ) en razón de los años en que se ha demorado el acceso a la pensión tras el cumplimiento de los 65 años.

<sup>206</sup> Establecido en el artículo 47 de la LGSS. Este límite se fija con carácter anual en la respectiva LPGE. Para 2007, esta cuantía es de 32.068,26 euros, de acuerdo con la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

<sup>207</sup> Para 2007, la cuantía anual del tope máximo de cotización es de 35.953,20 euros (equivalente a 2.996,1 de acuerdo con lo establecido en el art. 115 Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007). Por ello y en importes de 2007, la mejora de la pensión de jubilación en los supuestos señalados tendrá como límite anual la cifra de 3.884 euros/año (diferencia entre el importe anual de la base máxima de cotización –35.953,20 euros– y el de la pensión máxima –32.086,2 euros–).

<sup>208</sup> Un ejemplo ayuda a comprender la forma de cálculo de la pensión en los supuestos en que, por aplicación de las reglas generales, se alcanzase el importe de la pensión máxima.



El beneficio de incremento de la pensión de jubilación no resulta de aplicación en los casos de jubilación parcial ni de jubilación flexible <sup>209</sup>.

#### 4.5.2. La pensión diferida en el caso de los empleados públicos.

En el sistema de la Seguridad Social no existe una edad máxima de jubilación, sino una edad a partir de la que, de forma voluntaria, se accede a la pensión, ya que, en principio, no existe edad máxima de acceso al trabajo, con excepción de las previsiones contenidas en la Ley 14/2006 <sup>210</sup>. De ahí que no existan problemas sustanciales en el establecimiento de mecanismos que pueden incentivar el acceso a la pensión de jubilación.

Frente a esta situación, en el caso de los empleados públicos la normativa vigente suele imponer edades máximas de jubilación a partir de las cuales se cesa en la prestación de los servicios en el sector público, sin perjuicio de que, en algunos supuestos, se pueda continuar en la prórroga de la misma. Por ejemplo, en el Estatuto marco del personal sanitario de los servicios de salud se prevé <sup>211</sup> la jubilación forzosa a los 65 años, sin perjuicio de que, previa autorización del Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de personal articuladas en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos, se pueda prorrogar la prestación de servicios a los 70 años, siempre que quede acreditada la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades propias al nombramiento <sup>212</sup>. De igual modo, el artículo 67.3 del Estatuto básico del empleado público prevé que la jubilación forzosa procederá a los 65 años, si bien y en los términos que puedan contenerse en las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto, se pueda solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio hasta el cumplimiento de los 70 años,

---

Un pensionista que, en el cumplimiento de los 65 años de edad, viene cotizando por la base máxima de cotización y acredita 39 años de cotización (con lo que ya se alcanza el 100% de la base reguladora). El pensionista se jubila a los 67 años. La pensión a percibir por el interesado pasa a calcularse de la forma siguiente:

- Se tiene en cuenta el importe mensual del límite máximo de la pensión (en 2007, 2.290,59 euros).
- Se calcula el porcentaje adicional que corresponde, en función de los años de demora de la pensión: 5 por 100 (equivalente a la suma de un 2% –porcentaje resultante del primer año de demora– y un 3% –porcentaje tras la acreditación de 40 años–).
- Este porcentaje se aplica a la cuantía mensual del límite máximo de cotización ( $2.996,1 \times 0,005$ ) dando como resultado la cuantía de 150 euros (149,8 euros redondeados a la unidad de euro más próxima por exceso).
- La suma de la cuantía de la pensión máxima (2.290,59 euros) y la mejora de la pensión (150 euros) da como resultado final la cuantía total de la pensión (2.440,59 euros) que se percibe en 14 pagas al año.

<sup>209</sup> Frente a la regla general de incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación, el párrafo 2.º del artículo 165.1 de la LGSS establece que se puede compatibilizar el mismo con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan, minorándose, mientras dure la simultaneidad, el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

<sup>210</sup> Conforme a la cual, en el marco de la negociación colectiva, se puede imponer de forma obligatoria el cese en la actividad a partir de los 65 años, y siempre que el interesado tenga derecho a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social y concurren los demás requisitos previstos en la mencionada Ley y disposiciones complementarias.

<sup>211</sup> Artículo 26.2.

<sup>212</sup> En todo caso, y de conformidad con el artículo 26.3 del Estatuto, procede la prórroga, a instancia del interesado, cuando en el momento de cumplir los 65 años de edad, a aquel le resten seis o menos años de cotización para causar pensión de jubilación, en cuyo caso se prorroga hasta el día en que el interesado cumpla dicho período, siempre que durante el tiempo de prórroga quede acreditada la capacidad para el ejercicio de la profesión o de las actividades propias al nombramiento.

todo ello con independencia de la existencia de normas específicas respecto a otros colectivos de funcionarios <sup>213</sup>.

En consecuencia, de la regulación actual en el marco de los empleados públicos se diferencian varios colectivos:

- Colectivos (por ejemplo, Fuerzas Armadas o de los Cuerpos Policiales) respecto de los que la jubilación es forzosa a los 65 años, sin que quepa la prórroga en el servicio.
- Colectivos de funcionarios –la gran mayoría– cuya jubilación forzosa se produce a los 65 años, si bien cabe una prórroga hasta los 70 años, en las condiciones indicadas.
- Colectivos de funcionarios (por ejemplo, miembros de la carrera judicial o catedráticos de universidad) en los que la jubilación se produce a los 70 años.

Ante este abanico de situaciones resultaba compleja la aplicación directa de las previsiones contenidas en el artículo 163.2 de la LGSS al ámbito del Régimen de Clases Pasivas <sup>214</sup>, ya que, en este caso, se penalizaría a quienes no pueden seguir prestando servicios más allá de los 65 años o, en sentido contrario, se estaría «premiando» –por la vía de la cuantía de la pensión de jubilación– una continuación en la actividad de quien ordinariamente efectúa esa actividad hasta una edad superior a los 65 años.

Consciente de esta realidad, la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>215</sup>, dedicada a los incentivos en la prolongación de la vida activa en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, y con la finalidad de que a los funcionarios públicos, sujetos a dicho Régimen de protección social, les pueda ser de aplicación lo establecido en el artículo 163.2 de la LGSS, ordena al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley desarrollando los términos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, en base a las previsiones del artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público.

#### 4.5.3. Las bonificaciones de cuotas a favor de los trabajadores de mayor edad.

El Acuerdo de 2006 y dentro de las medidas dirigidas a la incentivación de la permanencia en la actividad de los trabajadores de más edad <sup>216</sup>, recogió el compromiso de establecer un incentivo

<sup>213</sup> En el Estatuto Básico del Empleado Público la prórroga puede ser autorizada o denegada por la correspondiente Administración Pública, diferenciándose de la situación anterior (art. 33 Ley 30/1984, de 2 de agosto) en que la única condición para prolongar el servicio activo se vinculaba a la libre voluntad del funcionario.

<sup>214</sup> Los colectivos de edad ordinaria de jubilación diferente a los 65 años de edad se encuentran incorporados, a efectos de las pensiones, en el Régimen de Clases Pasivas del Estado.

<sup>215</sup> Cuyo contenido no figuraba en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes. La misma fue objeto de transacción sobre la base de la enmienda 123 presentada en el Congreso de los Diputados por Convergència i Unió. *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>216</sup> La Directiva 2000/78/CE prevé –art. 6 1 b) y c)– la posibilidad de los Estados de establecer diferencias de trato por motivos de edad, las cuales no constituirán discriminación, si las mismas están justificadas de forma objetiva y razonable por una finalidad legítima. Un análisis de esta Directiva en el ámbito del empleo en GARCÍA TRASCASAS, A. «Prolongación de la vida laboral y reparto de empleo». *Revista de Derecho Social*. N.º 27. 2004.

en la cotización empresarial por los trabajadores con 59 años de edad y con contrato fijo, que permitiese enlazar el nuevo incentivo con el contenido en la Ley 43/2006, medidas que se incorporaron a la disposición adicional 25.<sup>a</sup> de la Ley 42/2006 a través de la cual se prevé <sup>217</sup>:

- a) Una reducción de las cotizaciones equivalente al 40 por 100 de la aportación empresarial en la cotización por contingencias comunes, salvo las correspondientes a la IT derivada de las mismas, siempre que se den los siguientes supuestos: que se trate de trabajadores con 59 o más años de edad y que cuenten en la empresa con una antigüedad mínima de cuatro años, sobre las cuotas devengadas desde la fecha de cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados. Si al cumplir 59 años de edad el trabajador no tuviere la antigüedad en la empresa de cuatro años, la reducción es aplicable a partir de la fecha en que alcance la citada antigüedad.
- b) Son beneficiarios de la reducción las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.
- c) El incentivo adquiere la naturaleza de reducción y, por tanto, la misma corre a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social (mientras que el coste de los incentivos en favor de los trabajadores con 60 o más años, al tener la naturaleza de bonificaciones, son soportados por el Presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal).

<sup>217</sup> En el *Plan Nacional de Reformas de España (2005-2008)*, de 13 de octubre de 2005, dentro de las directrices fijadas en el mismo uno de los objetivos consiste en incrementar la participación de los trabajadores entre 55 y 64 años, estableciendo medidas que impliquen una promoción en la permanencia en la actividad de este colectivo.

De acuerdo con los datos facilitados en los documentos europeos, la tasa de ocupación de los trabajadores de edades comprendidas entre los 55 y 64 años (en % sobre el total de población de la misma edad) es, en algunos países de la Unión, la siguiente:

	Total	Mujeres	Hombres
UE 25	63,3	55,7	70,9
UE 15	64,7	56,8	72,7
ZONA EURO	63,0	54,5	71,5
Bélgica	60,3	52,6	67,9
Dinamarca	75,7	71,6	79,7
Alemania	65,0	59,2	70,8
España	61,1	48,3	73,8
Francia	63,1	57,4	68,9
Irlanda	66,3	56,5	75,9
Italia	57,6	45,2	70,1
Hungría	56,8	50,7	63,1
Países Bajos	73,1	65,8	80,2
Austria	67,8	60,7	74,9
Polonia	51,7	46,2	57,2
Portugal	67,8	61,7	74,2
Finlandia	67,6	65,6	69,7
Suecia	72,1	70,5	73,6
Reino Unido	71,6	65,6	77,8

FUENTE: UE «La situación social en la Unión Europea» (2005-2006).

- d) La duración de la reducción de la aportación empresarial es de un año, salvo que, en una fecha anterior, los interesados cumplan los requisitos para ser beneficiarios de las bonificaciones reguladas en el artículo 4 de la Ley 43/2006 (es decir, porque el trabajador pase a cumplir los 60 años de edad, acreditando en la empresa una antigüedad mínima de cinco años, en cuyo caso se aplicarán desde dicha fecha estas últimas).
- e) Como sucede con las bonificaciones contenidas en el Programa de Fomento del Empleo, quedan excluidos de la aplicación de la reducción la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos Públicos.
- f) Respecto de los requisitos que han de cumplir los beneficiarios, las exclusiones en la aplicación de la reducción, su cuantía máxima, incompatibilidades o el reintegro de beneficios, se aplican las previsiones contenidas en la Ley 43/2006. Consecuentemente, los beneficiarios han de cumplir los requisitos exigidos en dicha disposición (entre los que se encuentran los de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes; no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas <sup>218</sup>; en caso de obtención de las bonificaciones sin reunir los requisitos exigidos o de incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de los trabajadores, nace la obligación de devolver las cantidades dejadas de ingresar por bonificación de cuotas a la Seguridad Social con el recargo correspondiente) <sup>219</sup>.

En esta línea, la disposición adicional 20.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>220</sup> establece una exoneración de cotizaciones, en los casos en que el trabajador continúe en la actividad con una edad igual o superior a los 65 años, acreditándose 35 de cotización. En tales casos –y a partir del momento en que se cumplan tales requisitos– los trabajadores cuyos empresarios sean beneficiarios de las bonificaciones establecidas en la Ley 43/2006, únicamente tendrán que cotizar por la IT, derivada de contingencias comunes.

Esta regulación ha de ponerse en relación con el contenido del artículo 112 bis de la LGSS <sup>221</sup>, conforme al cual los empresarios y trabajadores están exentos de cotizar a la Seguridad Social por

<sup>218</sup> De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 de la LISOS, Texto Refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

<sup>219</sup> La disposición adicional 22.<sup>a</sup> del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) recoge la previsión de las bonificaciones de cuotas a cargo del empresario, en razón del mantenimiento en la actividad de trabajadores con 59 o más años de edad y 4 de antigüedad.

<sup>220</sup> La disposición adicional 20.<sup>a</sup> no estaba recogida en el Proyecto de Ley y su inclusión en el Congreso de los Diputados es el resultado de una enmienda objeto de transacción sobre la enmienda 178 del Grupo Parlamentario Popular (*vid.*, el Boletín señalado en la nota 36). La redacción final se debe a la incorporación, en el Senado, de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista n.º 92 (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 51).

<sup>221</sup> Incorporado a través de la Ley 35/2002, de 12 de julio.

contingencias comunes, salvo por IT derivada de las mismas, en relación con los trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en los que concurran las circunstancias de tener cumplidos 65 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se computen a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias <sup>222</sup>.

Comparando ambas regulaciones, se puede concluir lo siguiente:

- a) Los beneficiarios de la reducción son, de forma expresa, los propios trabajadores, ya que en ambos preceptos se establece la exoneración de las cotizaciones sociales por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la IT <sup>223</sup>, así como las empresas para las que prestan sus servicios.
- b) Los requisitos de edad y años de cotización son semejantes en los dos preceptos –65 años de edad y 35 de cotización–, si bien respecto de esta última exigencia, mientras que el artículo 112 bis efectúa la precisión de que, a efectos de su cómputo, no se tendrán en cuenta los períodos de cotización correspondientes a pagas extraordinarias (los denominados «días cuota») tal precisión no se recoge en el redactado de la disposición adicional 20.<sup>a</sup> de la LMSS.
- c) En cuanto a la antigüedad en la empresa, mientras que en los supuestos de la disposición adicional 20.<sup>a</sup> de la LMSS, los trabajadores han de prestar servicios para los empresarios que sean beneficiarios de las bonificaciones contempladas en el artículo 4.1 de la Ley 42/2006, es decir, que mantengan contratos de carácter indefinido con trabajadores que lleven en la empresa cinco o más años de antigüedad, dicho requisito, por el contrario, no se exige en los supuestos regulados en el artículo 112 bis de la LGSS.
- d) El último artículo mencionado excluye de los beneficios a las Administraciones y Organismos Públicos <sup>224</sup> –tanto en lo que respecta a las propias entidades, como a los trabajadores–, exclusión que también se extiende a los supuestos regulados en la disposición adicional 20.<sup>a</sup> de la LMSS, en cuanto se remite a la Ley 43/2006, disposición legal que exceptúa de los beneficios de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social a tales entidades y organismos.

En consecuencia, la disposición adicional 20.<sup>a</sup> de la LMSS no incorpora novedades significativas respecto de la regulación contenida en el artículo 112 bis de la LGSS por lo que, dada la mayor extensión subjetiva de los contenidos de este último, es de prever que las reducciones en las cotiza-

<sup>222</sup> Los períodos por los que existe la exención en la cotización son considerados como cotizados a efectos del cálculo de la correspondiente pensión de jubilación, si bien la legislación vigente –art. 162.5 LGSS– incorpora algunas limitaciones respecto de las bases de cotización que pueden tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la prestación, por los períodos en los que no existe cotización. Las previsiones legales están desarrolladas en el Capítulo III del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre.

<sup>223</sup> En cuanto al tipo de cotización, *vid.*, la Orden TAS/31/2007, de 16 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social en el ejercicio de 2007.

<sup>224</sup> Organismos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

ciones –tanto de las empresas como de los trabajadores– cuando estos últimos acrediten 65 o más años de edad y 35 de cotización se seguirán regulando por dicho artículo.

#### 4.6. La evaluación periódica del sistema de la Seguridad Social.

Una de las exigencias básicas de los sistemas de pensiones es su evaluación periódica, en orden a comprobar si los factores que se han tenido en cuenta en su implantación se mantienen o, por el contrario, han sufrido unas modificaciones importantes, tanto externas al sistema <sup>225</sup> como internas, que precisen de la adopción de las medidas necesarias para restablecer los equilibrios de ese sistema. En tal sentido, en el propio Pacto de Toledo <sup>226</sup> se recogía una Comisión de Seguimiento que, con una periodicidad quinquenal, efectuase una evaluación sobre el camino seguido por el sistema de la Seguridad Social, y la adaptación del mismo a las recomendaciones aprobadas por las Cámaras, exigencia recogida, de igual modo, en la renovación parlamentaria de aquel de 2003.

La revisión periódica del sistema de la Seguridad Social también ha sido abordada en los diferentes Acuerdos sociales, suscritos tras el Pacto de Toledo, tanto en el Acuerdo de 1997, como en el de 2001. De igual modo, la revisión periódica del sistema de pensiones es objeto, en el ámbito comunitario, del denominado «Método abierto de coordinación», conforme al cual los Estados miembros de la Unión Europea han de elaborar y remitir a la Comisión Europea un *Informe de estrategia de los sistemas de pensiones* en los que se lleve a cabo una evaluación de aquellos, una valoración de las últimas medidas adoptadas, así como de las reformas que pretendan llevarse a cabo, informes que, antes de su remisión a las instancias comunitarias, deben ser informados por los agentes sociales <sup>227</sup>.

Insistiendo en esta misma dirección, el Acuerdo de 2006 recogió el compromiso expreso de que, coincidiendo con la presentación a los órganos correspondientes de la Unión Europea de los *Informes periódicos sobre evaluación y estrategia del sistema de pensiones*, la Administración de la Seguridad Social ha de presentar a los interlocutores sociales estudios sobre la situación presente y futura del sistema.

Con una finalidad similar, la disposición adicional 18.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>228</sup> obliga al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a remitir, antes del 30 de abril de cada año, un informe sobre evaluación y estrategia del sistema de pensiones que ha de ser remitido a las Cortes Generales, acompañado de un informe de la Intervención General de la Seguridad Social sobre la ejecución presupuestaria del ejercicio precedente.

<sup>225</sup> Factores como podrían ser la evolución económica o la variación de los factores demográficos.

<sup>226</sup> Recomendación 15.<sup>a</sup>.

<sup>227</sup> Se han elaborado los informes de 2002 y 2005. Los informes correspondientes al ejercicio 2005 pueden consultarse en la página web de la Unión Europea (*europa.eu.int*).

<sup>228</sup> La disposición adicional 18.<sup>a</sup> no se recogía en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación, en el Congreso de los Diputados, de una enmienda de transacción sobre la enmienda 175, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

## 5. MODIFICACIONES EN LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

A pesar de todo el cúmulo de reformas que desde 1978 se han cernido sobre la Seguridad Social, y en especial sobre las pensiones, la correspondiente a viudedad apenas ha sufrido variaciones, más allá de mejoras de su cuantía<sup>229</sup> o de reformas puntuales en relación con los beneficiarios de la misma<sup>230</sup>. No es de extrañar, por tanto, las críticas de la doctrina a la regulación de la pensión de viudedad, así como a las reformas llevadas a cabo en la última década<sup>231</sup>, puesto que la adecuación de la protección por muerte y supervivencia a las nuevas realidades sociales sigue siendo la gran asignatura pendiente en la configuración necesaria de un sistema de Seguridad Social.

La regulación de la pensión de viudedad en el ámbito de la Seguridad Social ha estado ligada totalmente –al menos hasta la entrada en vigor de la LMSS– a esquemas matrimoniales, sin tener en cuenta las nuevas realidades familiares, especialmente las uniones convivenciales de hecho que, al igual que en otros países europeos, están presentes en nuestra realidad social<sup>232</sup>. No obstante, el ordenamiento jurídico estatal no venía contemplando las denominadas «parejas de hecho» más que de forma esporádica, a pesar de que la realidad descrita está presente en las instituciones internacionales, como por ejemplo en el Consejo de Europa<sup>233</sup> o en el ámbito comunitario, con actos normativos como

<sup>229</sup> Como es el caso del establecimiento de pensiones mínimas diferenciadas en favor de los beneficiarios de las pensiones de viudedad con menos de 60 años, según se tuvieran o no cargas familiares (Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social) la modificación de los porcentajes para el cálculo de la pensión de viudedad, diferenciando el mismo ante la existencia o no de cargas familiares (RD 1465/2001, de 27 de diciembre) o la flexibilización de determinados requisitos condicionantes del acceso a la prestación (Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 50/1998, de 30 de diciembre, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social o la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social).

<sup>230</sup> Supuesto del mantenimiento de la pensión de viudedad, aunque mediase nuevo matrimonio del pensionista, cuando existan determinadas circunstancias personales y económicas en el nuevo matrimonio (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

<sup>231</sup> *Vid.*, FERRERAS ALONSO, F. «Pensión de viudedad ¿cuestión de Estado o de mercado?». *Tribuna Social*. N.º 148. 2003, SEMPERE NAVARRO, A.V. «Los reajustes de la Seguridad Social en 2001-2002. Croquis para iniciados». *Aranzadi Social*. N.º 21. 2002, o TORTUERO PLAZA, J.L. «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales» (en colaboración con PANIZO ROBLES, J.A.) en AA.VV. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Diciembre 2003.

<sup>232</sup> Las informaciones disponibles coinciden en señalar la menor incidencia de este tipo de convivencia en nuestro país, y que los españoles siguen optando por el matrimonio para vivir en pareja, aunque se trata de un fenómeno en alza, ya que, si en 1985, solo el 1,1 por 100 de las mujeres entre 20 y 49 años convivían sin casarse, este porcentaje había aumentado al 5,2 por 100 en 1995 y al 9,1 por 100 en el 2001, como lo ponen de relieve los siguientes datos:

% de personas que conviven en parejas de hecho sobre el total de parejas		
Año	Mujeres	Hombres
1985	1,1	
1995	5,2	6,3
1999	6,9	
2001	9,1	8,6

FUENTE: *Instituto Nacional de Estadística*.

<sup>233</sup> El Consejo de Europa aprobó la Recomendación R (88), del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y sus disposiciones testamentarias (adoptada por el Comité de Ministros de 7 de marzo de 1988, durante la 415.ª reunión de los Delegados de

la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre<sup>234</sup>, relativa al establecimiento para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, una de cuyas finalidades es la de luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual<sup>235</sup>. De igual modo, la Carta de Derechos Fundamentales<sup>236</sup> contiene en su artículo 21 el principio de no discriminación de ningún ciudadano europeo, fundada en circunstancia personal, incluida la orientación sexual.

En el marco de tales preocupaciones ha de situarse el contenido de la disposición adicional 54.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, a través de la cual se mandata al Gobierno para que presente ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un Proyecto de Ley de reformulación global de la pensión de viudedad, así como los contenidos del Acuerdo de 2006 que se dirigen a que la pensión de viudedad recupere su carácter de renta de sustitución y reservase para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares sobrevivientes; establecer un período previo de convivencia previa; posibilitar el acceso a la protección en los casos de uniones de hecho.

Los compromisos contenidos en el Acuerdo de 2006 se trasladan a la LMSS, del siguiente modo.

### 5.1. Clases de prestaciones.

Se modifican las clases de prestaciones relativas a la viudedad, ya que junto con la pensión vitalicia «renace» una prestación de carácter temporal que había desaparecido de la legislación de Seguridad Social desde principios de la década de los setenta del siglo pasado, como consecuencia de las medidas de «perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social»<sup>237</sup>.

los Ministros). En igual sentido, el Parlamento Europeo aprobó su Resolución de 8 de febrero de 1984, sobre la supresión de las discriminaciones contra los homosexuales.

<sup>234</sup> Dictada en base al artículo 13 de los Tratados, incorporado en virtud del Tratado de Amsterdam, mediante el cual se faculta a las instituciones comunitarias a desarrollar medidas normativas que combatan la discriminación, incluida la de la orientación sexual. Un análisis de la misma en GUERRERO PADRÓN, T. «Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social». *Temas Laborales*. N.º 68. 2003 y PÉREZ DEL RÍO, T. «La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE». *Revista de Derecho Social*. N.º 19. 2002.

<sup>235</sup> La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español se ha producido a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Un análisis de esta transposición en BALLESTER PASTOR, M.A. «El desarrollo del principio de igualdad en la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social: el arte de la propaganda». *Justicia Laboral*. N.º extr. 2003 y SEMPERE NAVARRO, A.V. «Contenido sociolaboral de las Leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004». *Aranzadi Social*. N.º 18. Febrero 2004.

<sup>236</sup> Aprobada por el Consejo Europeo, celebrado en Niza, en diciembre de 2000.

<sup>237</sup> De esta forma y conforme al artículo 171 de la LGSS (en la redacción del art. 5 LMSS) las prestaciones en caso de muerte y supervivencia, cualquiera que sea la causa que las origina, son las siguientes: a) auxilio por defunción; b) pensión vitalicia de viudedad; c) prestación temporal de viudedad; d) pensión de orfandad y e) pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.



Además, respecto del auxilio por defunción <sup>238</sup>, la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>239</sup> prevé su incremento en un 50 por 100 en los próximos cinco años, a razón de un 10 por 100 anual y, posteriormente, su actualización periódica conforme a la evolución del IPC <sup>240</sup>.

## 5.2. Las modificaciones en la pensión de viudedad <sup>241</sup>.

### 5.2.1. Los requisitos en el acceso a la pensión de viudedad.

Respecto de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad, se mantienen los de la exigencia de que el fallecido se encontrara en alta o en situación de asimilación al alta <sup>242</sup> y la acreditación, por parte del causante de la prestación, de un período de cotización de 500 días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión <sup>243</sup>. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización.

<sup>238</sup> Prestación que desde el año 1967 tiene un importe de 30,06 euros, sin que se haya actualizado desde aquella fecha.

<sup>239</sup> La disposición adicional 10.<sup>a</sup> no se recogía en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una transacción sobre la enmienda 181 del Grupo Parlamentario Popular. *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>240</sup> La LMSS extiende la presunción de que los gastos del entierro del fallecido han sido sufragados por el cónyuge sobreviviente (y, en consecuencia, se le reputa beneficiario del auxilio por defunción) al conviviente superviviente, en los supuestos de uniones de hecho.

<sup>241</sup> Las modificaciones contenidas en la LMSS se trasladan al Régimen de Clases Pasivas, de acuerdo con las previsiones de la disposición final 3.<sup>a</sup> del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) mediante la que se modifican los artículos 38 y 41 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto-Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

<sup>242</sup> También se tiene derecho a la pensión de viudedad, aunque a la fecha de fallecimiento no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el fallecido hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años.

<sup>243</sup> Cuando se accede a la pensión de viudedad desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de 500 días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En consecuencia –y salvo en el caso de pensionistas– los períodos de cotización exigidos para el acceso a la pensión de viudedad pasan a ser, en función de la causa originadora del fallecimiento y de la relación del fallecido con la Seguridad Social, los siguientes:

- *Fallecimiento originado por enfermedad común, estando el fallecido en situación de alta o de asimilación al alta con obligación de cotizar:* período de cotización de 500 días, dentro de un período ininterrumpido de los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.
- *Fallecimiento originado por enfermedad común, estando el fallecido en situación de alta o de asimilación al alta sin obligación de cotizar:* período de cotización de 500 días, dentro de un período ininterrumpido de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.
- *Fallecimiento originado por accidente, sea o no de trabajo, o por enfermedad profesional:* no se exige período de cotización previo.
- *Fallecimiento originado por enfermedad común, estando el fallecido en situación de no alta:* período de cotización de 15 años.

Sin embargo, en los supuestos en que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requiere, además, que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes<sup>244</sup>. Con este requisito se pretende poner freno a los denominados «matrimonios de conveniencia»<sup>245</sup> con la finalidad de lucrar la pensión de viudedad<sup>246</sup>.

En los casos en que no se pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que el matrimonio ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes, pero se reúna el resto de requisitos, se genera el derecho<sup>247</sup> a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

### 5.2.2. La pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad.

Una modificación sustancial en el ámbito de la viudedad se produce respecto del beneficiario de la pensión, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial previos, ya que no se precisa solo que aquel fuese o hubiese sido cónyuge legítimo del fallecido —con las salvedades en las situaciones de convivencia de hecho que se analizan en los apartados siguientes—, sino además el requisito de no haber contraído nuevo matrimonio, se condiciona el derecho a la Seguridad Social a que la persona sobreviviente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil<sup>248</sup> y, además, a que dicha pensión quedase extinguida como consecuencia

<sup>244</sup> El período de matrimonio previo, con una duración de un año, no es exigible en los supuestos en que, en la fecha de celebración del mismo, se acredite un período de convivencia con el causante que, sumado al de duración del matrimonio, supere los dos años.

<sup>245</sup> En el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, este período se situaba en dos años de matrimonio previo, exigiéndose en todos los supuestos en que el fallecimiento se hubiese debido a una enfermedad común y en que no existiesen hijos comunes. La modificación con respecto al Proyecto de Ley es el resultado de una transacción, efectuada en el Congreso de los Diputados sobre la base de la enmienda 164, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>246</sup> La exigencia de matrimonio y celebrado con cierta antelación al fallecimiento es una medida usual en el derecho comparado. Así, en algunos países se exigen cinco años de matrimonio (Finlandia, Hungría, Noruega, Suecia o Suiza), en otros, dos (Dinamarca) y en algunos un año (Alemania, Bélgica, Luxemburgo o Portugal). *Vid.*, MISSOC «Cuadros comparativos de la Seguridad Social, Situación a 1 de enero de 2006». Se pueden consultar en la página web de la Unión Europea ([europa.eu.int](http://europa.eu.int)).

<sup>247</sup> Conforme al nuevo artículo 174 bis de la LGSS.

<sup>248</sup> De acuerdo con las previsiones del artículo 97 del Código Civil, el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una compensación, consistente en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge o cualquier otra circunstancia relevante.

De igual modo, en la resolución judicial se deben fijar las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

del fallecimiento de quien la abonaba <sup>249</sup>. Es decir, que –y frente a lo que sucedía en la situación anterior– si no existe esa pensión compensatoria, tampoco se genera pensión de viudedad <sup>250</sup>.

También se modifica la regulación en el acceso a la pensión de viudedad, para los casos en que existan varios beneficiarios de la misma. En estos supuestos, se produce un reparto de la cuantía de la pensión de viudedad entre los beneficiarios, distribución que ha sufrido variaciones desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (que introdujo en el ordenamiento jurídico español la figura del divorcio) con sus efectos en la pensión de viudedad, del modo siguiente:

- a) En un primer momento, el reparto de la pensión se efectuó en función de los períodos de convivencia matrimonial del fallecido con quien fuese en el momento del fallecimiento su cónyuge o con quien lo hubiese sido con anterioridad, sin que los «períodos en blanco» (es decir, sin existencia de matrimonio) tuviesen, a tales efectos, valor alguno <sup>251</sup>.
- b) Posteriormente –y como consecuencia del cambio jurisprudencial operado <sup>252</sup>–, en caso de existencia de matrimonio anterior, la pensión se reconocía a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento, cuya cuantía era minorada en función de la proporción entre la duración del primer matrimonio y el período de duración desde la celebración del primer matrimonio y la fecha del fallecimiento; es decir, que los períodos sin existencia de matrimonio beneficiaban a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento <sup>253</sup>.
- c) Un supuesto específico se producía en los casos en que en la fecha del fallecimiento no existía cónyuge, pero sí anteriormente. En esos casos, la Administración <sup>254</sup> aplicó *strictu*

<sup>249</sup> Supeditar el acceso a la pensión de viudedad (en los casos de divorcio o separación) a los supuestos de existencia previa de obligaciones alimenticias por parte del fallecido con respecto a la persona superviviente es una regla usual en el derecho comparado europeo. Esta situación concurre en los sistemas de Austria, Italia, Portugal o Suiza, así como en Dinamarca (en relación con los regímenes profesionales) o en Suecia (respecto de las pensiones derivadas de accidente de trabajo). *Vid.*, la publicación reseñada en la nota 246.

<sup>250</sup> La nueva redacción del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS –a través del art. 5.Tres LMSS– suprime la referencia a las causas que hubiesen producido la separación o el divorcio. Esta precisión no se contemplaba en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación, por el Pleno del Senado, de la enmienda 86, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 51.

<sup>251</sup> Por ejemplo, una persona ha estado casada con otra (A) durante 10 años; a continuación, pasa cinco años, sin casarse; posteriormente, contrae nuevo matrimonio con B, que dura 15 años, hasta el fallecimiento de la primera. A efectos del reparto de la pensión de viudedad, se tomaba el total de los períodos matrimoniales, sin considerar los períodos en los que no existió matrimonio ( $10 + 15 = 25$ ) procediendo a la distribución de la pensión en función de la proporción de la duración de cada matrimonio respecto del total. De este modo, A percibiría  $10/25$  de la pensión y B  $15/25$  de la misma.

<sup>252</sup> Iniciado con la STS de 21 de marzo de 1995, seguida por las de 10 y 26 de abril, todas ellas de 1995.

<sup>253</sup> En el ejemplo anterior (al tener en cuenta todos los períodos existentes desde la fecha de celebración del primer matrimonio y hasta el momento del fallecimiento, atribuyendo los períodos *sin matrimonio* a quien era cónyuge en el momento de tal fallecimiento) A percibiría  $10/30$  de la pensión, mientras que B tendría derecho a la pensión por una cuantía equivalente a  $20/30$  del importe total.

Los criterios de reparto y, en definitiva, el contenido del artículo 174.2 de la LGSS (en la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre) fue objeto de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad, al entender el Juez *a quo* que establecía una diferencia entre el cónyuge –en el momento del fallecimiento– y quien lo fue en un momento anterior, respecto de la distribución del importe de la pensión de viudedad. Dicha cuestión ha sido inadmitida a trámite, por considerarse infundada, mediante Auto TC 328/2997, de 12 de julio.

<sup>254</sup> Circular del INSS 2/1997, de 2 de febrero.

*sensu* la doctrina del TS <sup>255</sup>, de modo que la pensión del excónyuge se limitaba a la proporción en la duración del matrimonio respecto del período consistente entre la celebración del matrimonio y el fallecimiento <sup>256</sup>, tesis avalada por la jurisprudencia de los Tribunales <sup>257</sup>.

Los criterios de distribución de la pensión de viudedad, en los supuestos de concurrencia de varios beneficiarios a la misma, experimentan en la LMSS dos variaciones respecto de la regulación actual:

- De una parte, aunque se mantengan los criterios de distribución, en todo caso se garantiza a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento el 40 por 100 de la pensión.
- De otra, en los casos de no existencia de matrimonio en el momento del fallecimiento, si no hay concurrencia de acceso a la pensión de viudedad desde la situación de divorcio (separación o nulidad) la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular, sin efectuar una distribución de la cuantía en función del tiempo de convivencia <sup>258</sup>.

Además, en caso de nulidad matrimonial, se aplican los mismos criterios que en los casos de separación o divorcio <sup>259</sup>, condicionando el acceso a la prestación a que el superviviente al que

<sup>255</sup> Mediante la introducción de lo que corrientemente se ha conocido como la teoría del «INSS viudo».

<sup>256</sup> Piénsese en la situación de una persona que contrae matrimonio con otra (A) que tiene una duración de 10 años, transcurrido el cual existe un divorcio; a continuación, permanece cinco años sin casarse; contrae posteriormente matrimonio con (B), matrimonio que tiene una duración de siete años, produciéndose el divorcio entre ambos contrayentes. La primera persona permanece soltera hasta el fallecimiento, el cual se produce ocho años desde el segundo divorcio. Para el cálculo de las pensiones se operaría del siguiente modo:

- Duración desde el primer matrimonio hasta el fallecimiento: 30 años.
- Duración del primer matrimonio: 10 años.
- Duración del segundo matrimonio: 7 años
- Períodos sin existencia de matrimonio: 13 años.

Y la distribución de la pensión se efectuaría del modo siguiente:

- Pensión para A: 10/30.
- Pensión para B: 7/30.
- Parte de pensión que no se distribuye: 13/30.

<sup>257</sup> *Vid.*, entre otras, SSTs de 14 de julio de 1999; 17 de enero, 20 de marzo, 10 de abril y 26 de septiembre de 2000 ó 27 de enero de 2004. Sobre la jurisprudencia en relación con la pensión de viudedad, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. «Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina». *Tribuna Social*. N.º 154. Octubre 2003. Además, para una explicación de los cambios introducidos en los criterios administrativos (a partir de la STS de 21 de marzo de 1995) *vid.*, PANIZO ROBLES, J.A. «Las pensiones de la Seguridad Social por viudedad y orfandad: últimas modificaciones legales», en GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Seguridad Social y Familia*. La Ley. Madrid. Diciembre 1999.

<sup>258</sup> La expresión –contenida en el segundo párrafo del apartado 2, art. 174 LGSS– sobre «si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión» modifica el criterio anterior en el sentido de que, ante la existencia de un solo beneficiario respecto del cual hubiese mediado divorcio con el fallecido, se prorrateaba la pensión en función del tiempo de convivencia, de modo que la parte de pensión no atribuida quedaba en el ámbito de la propia Seguridad Social (criterio conocido en la jerga administrativa como el «el INSS viudo»).

<sup>259</sup> Si bien –y frente a lo que sucede en los casos de separación o divorcio– puede entenderse que, en caso de existir en el momento del fallecimiento un solo beneficiario, cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, aquel únicamente percibe la parte de pensión correspondiente al período de convivencia, quedando el resto sin asignar, dado que el párrafo 3.º del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS (en la redacción incorporada por el art. 5.Tres LMSS) no parece extender a tales supuestos la forma de reparto reflejada en los párrafos anteriores en relación con los casos de divorcio o separación.

se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil <sup>260</sup>, no hubiera contraído nuevas nupcias –o hubiese constituido una pareja de hecho– .

### 5.2.3. El acceso a la pensión de viudedad sin la existencia de matrimonio <sup>261</sup>.

Tal vez la novedad esencial de la reforma –en base a los compromisos del Acuerdo de 2006– radica en el acceso a las pensiones de viudedad por parte de las personas que, en el momento del fallecimiento, no estaban unidas con el causante por matrimonio <sup>262</sup>, pero sí habían constituido en dicha fecha –o en una anterior– una pareja de hecho, supuestos en los que cabe el reconocimiento de la pensión de viudedad, si bien, además de los requisitos antes mencionados (alta o situación de asimilación al alta; cumplimiento de un determinado período de cotización, en algunos casos, o convivencia con el fallecido, si el fallecimiento se debió a enfermedad común) se establecen otros adicionales:

- La constitución de una situación convivencial de hecho o pareja de hecho. Dada la disparidad existente en el ordenamiento español sobre la consideración de pareja de hecho –en base a la multiplicidad de legislaciones autonómicas <sup>263</sup>– la propia LMSS regula, a los efectos de la pensión de viudedad, la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio <sup>264</sup> no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

<sup>260</sup> Conforme al artículo 98 del Código Civil el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

<sup>261</sup> La disposición adicional 13.ª del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) prevé que, con efectos del 1 de enero de 2008 y vigencia indefinida, se extiende al excónyuge y a la pareja de hecho del causante fallecido la regulación que, respecto del cónyuge supérstite o viudo se contienen en los artículos 20.1 c) (*devengo de pensiones*), 42.4 (*limitación del importe de todas las pensiones de orfandad causadas por una misma persona*), 48.2 (*derecho a las pensiones por parte de los padres del fallecido*), 49.3 (*reparto de la pensión extraordinaria entre el cónyuge supérstite y los huérfanos*), 52.1 (*pensiones causadas por alumnos de Centros militares o personas que estén prestando servicios militares*) y en la disposición adicional 2.ª (*prestaciones causadas por personas que prestaron servicios equivalentes al servicio militar y fallecieron en el transcurso de la realización de los mismos*) todos ellos del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto-Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

<sup>262</sup> Acceso que venía vedado por la legislación, sin que dicha limitación hubiese sido tachada de inconstitucionalidad.

<sup>263</sup> Un análisis de las mismas en PANIZO ROBLES, J.A. «Convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente (con ocasión de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio)». *Justicia Laboral*. N.º 24. Noviembre 2005.

<sup>264</sup> Conforme al artículo 46 del Código Civil, están impedidos para contraer matrimonio los menores de edad y quienes mantengan un vínculo matrimonial previo; de igual modo –art. 47 CC– existe una imposibilidad para contraer matrimonio, en razón de parentesco o delito, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

- La dependencia económica con el fallecido acreditada mediante la disposición de unos ingresos<sup>265</sup> por parte del solicitante de la pensión, y referidos al año natural anterior al fallecimiento, que no superen el siguiente límite:
  - Con carácter general, tales ingresos no han de superar el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante.
  - Si no existen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad<sup>266</sup>, el porcentaje anterior se sitúa en el 25 por 100.
  - Se puede reconocer pensión de viudedad, aun superando tales límites de ingresos, siempre que los correspondientes al solicitante de la pensión sean inferiores a 1,5 veces el importe del SMI<sup>267</sup>, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. Este límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el solicitante de la pensión<sup>268</sup>.

La existencia de pareja de hecho se ha de acreditar a través de dos medios exclusivos: bien mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia; bien mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja<sup>269</sup>. En cualquier caso, la inscripción o la formalización del correspondiente documento público debe haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante<sup>270</sup>.

No obstante, en las Comunidades Autónomas que tengan legislación civil propia, la consideración de la pareja de hecho –siempre que se cumpla el período de convivencia indicado–, así como la acreditación de su existencia, se han de efectuar de conformidad con lo que se establezca en su legislación específica<sup>271</sup>.

<sup>265</sup> El artículo 174 de la LGSS considera como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones. Por ello, hay que estar a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

<sup>266</sup> Es decir, hijos comunes menores de 18 años (o mayores discapacitados).

<sup>267</sup> En cifras de 2007, la cuantía de 7.988,40 euros/año.

<sup>268</sup> Por ejemplo, en el caso de una familia con dos hijos, el sobreviviente tendría derecho a pensión de viudedad, siempre que sus ingresos no superasen 2,5 veces la cuantía del SMI. El supuesto recogido en la LMSS no se contenía en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación, en el Congreso de los Diputados, de la enmienda 96, presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>269</sup> En este apartado, la redacción final de la Ley es el resultado de la incorporación en el Congreso de los Diputados de la enmienda n.º 97 del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>270</sup> Sin que, frente a lo que sucedió en las legislaciones autonómicas en el momento de aprobar las correspondientes leyes, se dé validez a períodos convivenciales anteriores a la inscripción registral o la formalización del documento público.

<sup>271</sup> Como es el caso de Cataluña, Aragón, Galicia o Baleares. En este ámbito, el texto del Proyecto de Ley fue modificado en el Congreso de los Diputados mediante una enmienda objeto de transacción sobre las enmiendas 97 (Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió) y 138 (Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana de Catalunya –ERC–). La redacción final proviene de la aprobación en el Pleno del Senado de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 43 (del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió) y 79 (ERC). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 51.

Se mantiene (art. 174.4 LGSS) como causa de extinción de la pensión de viudedad el hecho de contraer nuevo matrimonio, en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>272</sup>, causa a la que se añade la constitución de una pareja de hecho<sup>273</sup>.

Por último, el acceso a las prestaciones de Seguridad Social por parte de los convivientes de hecho se extiende a las indemnizaciones en caso de fallecimiento debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional. En ese objetivo, el artículo 177 de la LGSS dispone que en tales casos, el cónyuge superviviente o el sobreviviente de una pareja de hecho tiene derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determina en los reglamentos de la Ley<sup>274</sup>.

### 5.3. Otras medidas en relación con la pensión de viudedad.

#### 5.3.1. La formulación integral de la pensión de viudedad.

El legislador es conciente de que las reformas incorporadas en la pensión de viudedad –que responden a los contenidos del Acuerdo de 2006– no suponen una reforma que dé respuesta en su integridad a la adecuación de esta prestación de la Seguridad Social a las nuevas realidades sociales y a las demandas en el marco de las nuevas realidades familiares<sup>275</sup>, si bien reduciendo la aplicación

<sup>272</sup> En tal sentido, el Real Decreto 1465/2001 (en cumplimiento de los compromisos contenidos en el Acuerdo social de 2001) posibilitó la continuación en la percepción de la pensión de viudedad, aunque el pensionista contrajese nuevo matrimonio, siempre que se cumplieren una serie de requisitos (edad mínima de 61 años de edad o discapacidad en un grado igual o superior al 65%; que la pensión de viudedad constituyese la principal fuente de ingresos del pensionista, al representar, como mínimo, el 75% del total de ingresos de aquel; y que los ingresos del nuevo matrimonio, incluida la pensión o pensiones de viudedad, no fuesen superiores al doble del SMI).

Un análisis del contenido de este Real Decreto en BLASCO LAHOZ, J.F. «El RD 1465/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia». *Temas Laborales*. N.º 66. 2002; FLOR FERNÁNDEZ, M.L. *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*. Sevilla. (ACARL-Mergablum). 2002. GARATE CASTRO, J. «La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social». *Tribuna Social*. N.º 138. Mayo 2002, o PANIZO ROBLES, J.A. «La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento, así como al Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 227. CEF. Febrero 2002.

<sup>273</sup> Una interpretación literal del artículo 174 podría llevar a la conclusión de la existencia de una diferenciación entre el matrimonio y la pareja de hecho como causa de la extinción de la pensión de viudedad. Mientras que el matrimonio extinguiría, desde su celebración la pensión de viudedad que se viniese percibiendo, podría entenderse que, en los casos de constitución de una pareja de hecho, la extinción de la pensión de viudedad únicamente se produciría tras una convivencia, como pareja de hecho, de cinco años, ya que solamente en estos casos existe una convivencia de hecho que pueda dar lugar al acceso a la pensión de viudedad.

<sup>274</sup> De acuerdo con el artículo 177 de la LGSS cuando el fallecimiento del causante se deba a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y ahora también el sobreviviente de una pareja de hecho tiene derecho a percibir una indemnización a tanto alzado, en los términos que establezcan los Reglamentos de aplicación de la misma.

<sup>275</sup> Un análisis de la problemática de la pensión de viudedad en BLAZQUEZ AGUDO, E.M. «Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad». *Revista de Seguridad Social y Laboral*. *Tribuna Social*. N.º 174. 2005; BARREIRO GONZÁLEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R. «La pensión de viudedad a debate». *Actualidad Laboral*. N.º 20. 2006; LÓPEZ LÓPEZ, J. «Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género». En AA.VV. *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*. Edit. Bomarzo 2005; RODRÍGUEZ INIESTA, G. «La protección a la viudedad: interrogantes, controversias y algunas respuestas» y SOLIS PRIETO, C. «La pensión

de esa nueva regulación a los nacidos a partir del 1 de enero de 1967. Por ello, la disposición adicional 25.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>276</sup> –siguiendo el precedente de la disp. adic. 54.<sup>a</sup> Ley 30/2005– prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elabore un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad.

### 5.3.2. La pensión de viudedad en supuestos especiales.

Hasta la entrada en vigor de la LMSS la inexistencia de matrimonio ha venido impidiendo el acceso a la pensión de viudedad <sup>277</sup>, aunque se acredite la existencia de largos períodos de convivencia con el fallecido, la existencia de hijos comunes o la dependencia económica. Esta realidad es tenida en cuenta en la LMSS y aunque las modificaciones que incorpora se aplican a hechos causantes ocurridos a partir de su entrada en vigor <sup>278</sup>, sin embargo abre la puerta al acceso a la pensión de viudedad a supuestos en que, aunque el fallecimiento del causante se hubiese producido con anterioridad a dicha fecha, concorra una serie de requisitos especiales (y más exigentes que los establecidos en el art. 174.3 LGSS) del modo siguiente <sup>279</sup>:

- a) A la muerte del causante, el mismo debía haber acreditado los requisitos de alta, situación asimilada al alta y de cotización establecidos con carácter general.
- b) La convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho (con las condiciones señaladas en el art. 174.3 LGSS) entre el solicitante de la pensión y el causante de la misma, debió tener una duración mínima de seis años <sup>280</sup> anteriores al fallecimiento de aquel.

---

de viudedad en el siglo XXI: viejos problemas, ¿nuevas soluciones? Análisis de la jurisprudencia recaída en unificación de doctrina (2000-2005)» ambos en AA.VV. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*. Laborum. 2006; TORTUERO PLAZA, J.L. «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y del nuevo derecho de pobres». *Seguridad Social y Familia* N.º Monográfico. Tribuna Social. N.º 154. 2003, o TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A. «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales». AA.VV. (coord. SEMPERE NAVARRO) «El modelo social de la Constitución de 1978». *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2003.

<sup>276</sup> Disposición no incorporada en el Proyecto de Ley y resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 118 del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió. *Vid.*, el Boletín señalado en la nota 36.

<sup>277</sup> Con dos excepciones:

- En el período posterior a la aprobación de la Ley 30/1981, por períodos de convivencia anteriores a la entrada en vigor de la misma, en los que, al no existir el divorcio, hubo situaciones convivenciales que no pudieran formalizarse (estos criterios fueron ampliados por el TS en relación con períodos posteriores a la Ley, teniendo en cuenta la complejidad de divorcios anteriores y la formalización de matrimonio).
- En los casos de uniones de convivencia de hecho, cuando el fallecimiento acaeció a consecuencia de un acto terrorista, en los supuestos contemplados en el Real Decreto-Ley 6/2006, de 23 de junio.

<sup>278</sup> Es decir, a partir del día 1 de enero de 2008.

<sup>279</sup> Una redacción similar a la contenida en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de medidas se recoge, respecto del Régimen de Clases Pasivas del Estado, en la disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados).

<sup>280</sup> En el Proyecto de Ley el período de convivencia exigible era de 15 años, que fue reducido a seis como consecuencia de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 63 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes) y 112 (del Grupo Parlamentario de convergència i Unió). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.



- c) La existencia de hijos comunes del causante y el beneficiario de la pensión.
- d) El beneficiario no ha de tener derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social <sup>281</sup>.
- e) Por último, la solicitud ha de presentarse en el plazo improrrogable de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, es decir, que el plazo para presentar la solicitud de la pensión de viudedad finaliza el día 31 de diciembre de 2008, surtiendo efectos económicos desde el 1 de enero de 2007, siempre que en tal fecha se acredite el cumplimiento de los requisitos señalados <sup>282</sup>.

## 6. MODIFICACIONES EN LA PENSIÓN DE ORFANDAD

Si bien el Acuerdo de 2006 apenas contenía medidas relacionadas con la pensión de orfandad, más allá de una declaración genérica de la misma en supuestos especiales, así como propugnar el mismo tratamiento de los huérfanos, cualquiera que fuese su filiación <sup>283</sup>, la LMSS recoge algunas medidas adicionales que posibilitan una mejora de esta prestación.

### 6.1. El acceso a la pensión de orfandad.

Se modifican los requisitos de acceso a la pensión de orfandad <sup>284</sup> en lo concerniente al causante de la misma, ya que manteniendo la necesidad de situación de alta o asimilación al alta <sup>285</sup>, sin embargo se exceptiona el requisito de cotización, aunque el fallecimiento esté originado por una enfermedad común <sup>286</sup>.

<sup>281</sup> La limitación de que el solicitante de la pensión de viudedad no tenga derecho a otra pensión contributiva de la Seguridad Social ha de entenderse, sin perjuicio de que pueda ejercer el derecho de opción en favor de la prestación más favorable.

<sup>282</sup> La retroactividad de los efectos económicos de las pensiones de viudedad, en los supuestos excepcionales regulados en la disposición adicional 3.ª de la LMSS, es consecuencia de la aprobación en el Senado de una enmienda de transacción sobre la base de la enmienda 80 (presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 51.

<sup>283</sup> Las medidas relacionadas con la pensión de orfandad en el Acuerdo de julio de 2006 se dirigen al incremento paulatino de la pensión mínima; la adopción de medidas que posibiliten que los incrementos de la pensión de viudedad no perjudicasen los importes de la pensión de orfandad, como consecuencia de la aplicación del límite conjunto de todas ellas, en los términos recogidos en el artículo 179.4 de la LGSS o el crecimiento de la pensión de orfandad en los supuestos de inexistencia de pensión de viudedad.

<sup>284</sup> A través de la nueva redacción del apartado 1 del artículo 175 de la LGSS, en la redacción que incorpora el apartado cinco del artículo 5 de la LMSS.

<sup>285</sup> Salvo que se acrediten 15 años de cotización por parte del fallecido, en cuyo caso se puede acceder a la pensión de orfandad sin que aquel se encontrase, en el momento del fallecimiento, en situación de alta o de asimilación al alta.

<sup>286</sup> La supresión del período de carencia para acceder de la pensión de orfandad, aunque el fallecimiento del causante se debiese a una enfermedad común, es el resultado de una enmienda de transacción, aprobada en el Congreso de los Diputados, sobre la base de las enmiendas 98 (presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió) y 170 (presentada por el Grupo Parlamentario Popular). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

Con ello, respecto de los beneficiarios de la pensión de las prestaciones de muerte y supervivencia, cuando el fallecimiento del causante se haya debido a una enfermedad común, existe una diferencia en el acceso a la pensión de viudedad y a las prestaciones a favor de determinados familiares, respecto de lo que es requisito necesario que el fallecido hubiese cumplido un período de cotización de 500 días dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento<sup>287</sup>, y en el acceso a la pensión de orfandad, respecto de la que no se exige período de cotización previo<sup>288</sup>.

## 6.2. Beneficiarios de la pensión de orfandad.

El apartado seis del artículo 5 de la LMSS procede a la modificación del artículo 175.2 de la LGSS, relativo a los beneficiarios de la pensión de orfandad, modificando ligeramente los requisitos para el acceso o el mantenimiento en la misma, en los casos en que el huérfano sea mayor de 18 años<sup>289</sup>.

Así, de una parte, se modifica el límite de ingresos anuales para ser beneficiario de la pensión de orfandad en los supuestos de mayor de 18 años y receptor de rentas de trabajo<sup>290</sup>. Este límite –que en la regulación anterior se situaba en el 75% de la cuantía anual del SMI– pasa a ser del 100 por 100<sup>291</sup>. De acreditarse ese requisito, se puede acceder a la pensión de orfandad o mantenerse en su percibo hasta que el huérfano cumpla los 22 años o los 24, si no sobreviviera ninguno de los dos progenitores.

A su vez, y también como novedad, la pensión de orfandad se mantiene hasta los 24 años –cumpliendo los requisitos de rentas– aunque sobreviva alguno de los progenitores del pensionista, cuando este presente una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100<sup>292</sup>.

<sup>287</sup> O anteriores al momento en que se dejó de cotizar, en los supuestos en que el fallecimiento se hubiese producido estando el fallecido en una situación de asimilación al alta sin obligación de cotizar.

<sup>288</sup> Ello podría dar lugar a que de un mismo causante no se derivase pensión de viudedad (al no reunir el fallecido el período de cotización exigido) pero sí pensión de orfandad. En tales casos, cabría la atribución al huérfano del incremento de la pensión de orfandad, aumentando la misma con la pensión de viudedad.

<sup>289</sup> El apartado seis del artículo 5 de la LMSS (mediante el que se da nueva redacción al art. 175.2 LGSS) no figuraba en el Proyecto de Ley, siendo consecuencia de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 68 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes), 105 (del Grupo Parlamentario de convergencia i Unió) y 140 (de Esquerra Republicana de Catalunya). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>290</sup> Una de las reformas importantes que ha experimentado la pensión de orfandad en los últimos años ha sido la ampliación de los límites de edad para acceder al beneficio de la pensión o mantenerse en el percibo de la misma, pues manteniendo el límite general de los 18 años con el que se estableció la pensión, sin embargo, primero la Ley 24/1997, de 15 de julio y, posteriormente, la Ley 24/2001, de 30 de diciembre, procedieron a ampliar este límite en un intento de coordinar el mismo con la más tardía incorporación de los jóvenes al trabajo, siguiendo, además, las orientaciones de los sistemas de Seguridad Social de los países de nuestro entorno. De acuerdo con ello y conforme a las previsiones contenidas en el artículo 175 de la LGSS, tiene derecho a la pensión de orfandad, cumpliendo los demás requisitos establecidos, el huérfano menor de 18 años o, mayor de dicha edad, cuando el interesado esté incapacitado para todo trabajo en un grado de incapacidad equivalente a la absoluta o gran invalidez; en los casos en que el huérfano no trabaje o, cuando haciéndolo, los ingresos anuales derivados del trabajo no superen el 100 por 100 de la cuantía, también en cómputo anual del SMI, el límite de edad se amplía hasta los 22 años, salvo en los casos de orfandad absoluta (inexistencia de ambos progenitores) hasta los 24 años.

<sup>291</sup> Esta regulación se incorpora al artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en la redacción que da al apartado tres de la disposición final 3.<sup>a</sup> del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) y con el alcance de la disposición adicional 11.<sup>a</sup> de dicho texto refundido (modificada por el apartado cuatro de la mencionada disposición final).

<sup>292</sup> *Vid.*, nota anterior.

Por último, si se trata de orfandad absoluta (inexistencia de ambos progenitores) o, siendo simple (si se trata de huérfano discapacitado con un grado de discapacidad igual o superior al 33%), si el huérfano está cursando estudios y cumple los 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantiene hasta el día primero del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico, momento en el que, si se cumplen los requisitos establecidos (básicamente, de contenido económico y de rendimiento académico) el huérfano podrá haber accedido a las correspondientes ayudas educativas que le posibiliten la continuación de los estudios <sup>293</sup>.

### 6.3. La concurrencia de las pensiones de orfandad con pensiones de viudedad.

Aunque, en principio, la cuantía de la pensión de orfandad es del 20 por 100 de la correspondiente base reguladora, sin embargo esa cuantía puede quedar modificada como consecuencia de la existencia de un límite al percibo conjunto de estas pensiones y las de viudedad, ya que, en virtud de lo establecido en el artículo 179.4 de la LGSS <sup>294</sup>, la suma de las pensiones de muerte y supervivencia no puede superar la cuantía del 100 por 100 de la base reguladora de las mismas, aplicándose este límite en la determinación inicial de las pensiones, pero sin que afecte a las revalorizaciones que puedan corresponder a aquellas <sup>295</sup>. En caso de superar ese límite se procede a reducir las pensiones de orfandad; una vez que alguna de las pensiones de orfandad se extinguen, se incrementan las demás, siempre que la suma de todas las existentes, más la de viudedad, no superan el indicado límite del 100 por 100 <sup>296</sup>.

Este problema, no obstante, se agrava en los supuestos en que la pensión de viudedad alcanza el 70 por 100 de la base reguladora, por tratarse de pensionista cuya pensión es la principal o única fuente de ingresos y tiene cargas familiares <sup>297</sup>. En tales casos, también opera el límite del 100 por 100 de la base reguladora, con lo que el propósito de ofrecer una mayor protección a las unidades familia-

<sup>293</sup> Se incorpora, de este modo, al artículo 175 de la LGSS la modificación que se había incorporado a la disposición adicional 48.ª de la Ley 30/2005, de Presupuestos Generales del Estado para 2006.

Una regulación similar se traslada a la legislación del Régimen de Clases Pasivas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a través de la disposición final 3.ª, apartado Cuatro, del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) de modo que la extinción de la pensión de orfandad a los 24 años, en los casos de orfandad absoluta, –o en los casos en que, siendo una orfandad «simple» el pensionista tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33%– encuentra su excepción en los casos en que el huérfano esté cursando estudios, supuesto en el que la percepción de la pensión de orfandad hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico.

<sup>294</sup> En la redacción dada por el artículo 25.Cuatro de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>295</sup> Antes de la reforma de 2004, el límite del 100 por 100 de la base reguladora únicamente operaba respecto de las pensiones de orfandad y viudedad, mientras que, a su vez, el conjunto de las pensiones a favor de familiares tampoco podían sobrepasar el límite del 100 por 100 de la base reguladora, si bien este límite era independiente del aplicado a las pensiones de viudedad y orfandad.

<sup>296</sup> Un ejemplo permite comprender mejor la situación. Una familia en la que convive una viuda y tres hijos, dado que a la viuda le corresponde una pensión del 52 por 100, a cada uno de los huérfanos se les aplica una pensión del 16 por 100, para que la suma de todas las pensiones concurrentes no superase el 100 por 100 de la respectiva base reguladora. Si se extinguía una de las pensiones de orfandad, las otras dos pasaban a percibirse en un 20 por 100.

<sup>297</sup> En los términos previstos en el artículo 31 del Reglamento General de Prestaciones, aprobado por Decreto 3168/1966, de 23 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto 1425/2001, de 27 de diciembre.

res que se encuentran en una situación socio-económica más desfavorable puede no cumplirse<sup>298</sup> y, de hecho, la mejor protección de los perceptores de la pensión de viudedad minorará las posibilidades de protección de los huérfanos, ya que el conjunto de sus pensiones se limita al 30 por 100. Aunque, en la mayoría de los casos, podría entenderse que la protección es similar, dado que en la unidad familiar concurre la totalidad de las pensiones, hay que tener en cuenta que, a partir de los 18 años, la pensión de orfandad se abona al propio huérfano, el cual puede estar emancipado del hogar familiar

Un problema adicional se planteaba en la aplicación del límite del 100 por 100, cuando la pensión de viudedad se percibe al 70 por 100, en los casos de reparto de la pensión por causa de separación, divorcio o nulidad. Para la doctrina, habría que partir de la pensión al 52 por 100 y de tal cuantía, no de la incrementada, deducir el porcentaje que correspondiese por años de convivencia efectiva que corresponda al cónyuge y a los cónyuges históricos, independientemente de que carezcan de rentas y de cargas familiares. Cada una de las pensiones solicitaría después, si procede, el aumento hasta el 70 por 100, sin que debiera aplicarse el límite del 100 por 100, sumadas ambas<sup>299</sup>.

Frente a esta regulación, el Acuerdo de 2006 proclama que las mejoras de la pensión de viudedad por menores rentas no pueden ir en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad, por lo que a efectos de la aplicación del límite indicado, el porcentaje de la pensión de viudedad que se haya de tomar en cuenta habría de ser del 52 por 100 y no del 70 por 100, aunque sumando el porcentaje de la pensión de viudedad y los correspondientes a las pensiones de orfandad se supere el 100 por 100 de la respectiva base reguladora.

En este objetivo, el punto 2 del apartado ocho del artículo 5 de la LMSS da nueva redacción al artículo 179.4, relacionado con los supuestos de concurrencia de las pensiones de viudedad y de orfandad, de la forma siguiente:

- a) Con carácter general, la suma de las pensiones de viudedad y de orfandad, derivadas del mismo causante no pueden superar el 100 por 100 de la base reguladora.

<sup>298</sup> Piénsese, por ejemplo, en dos unidades familiares, compuesta cada una de ellas por tres hijos menores de edad y un progenitor sobreviviente. En una de las familias, la persona viuda tiene una pensión que supera los límites establecidos y, además, dicha pensión no constituye la principal fuente de ingresos; estos requisitos sí se cumplen, por el contrario, en la segunda unidad familiar. Aunque, respecto de la pensión de viudedad, sí se produce diferencia, ya que el primer perceptor de viudedad percibe el 52 por 100 de la base reguladora, mientras que en el segundo caso, la pensión de viudedad es equivalente al 70 por 100, sin embargo en el conjunto de la unidad familiar se percibe igual importe conjunto de pensión (100% de la base reguladora), teniendo derecho cada uno de los huérfanos de la primera familia a una pensión del 16 por 100 (equivalentes a dividir 48% por 3), mientras que, en el segundo núcleo familiar, cada huérfano recibirá una pensión equivalente al 10 por 100 (30% entre 3). No parece que, desde una vertiente de protección y asistencialidad, el resultado obtenido, de acuerdo con la legalidad vigente, fuese el más adecuado desde la vertiente de la equidad.

<sup>299</sup> Para estos autores, si en estas prestaciones existen ya fuertes elementos de asistencialidad, deberían dar cobertura a las situaciones reales de necesidad, no solo de la viuda, sino de todo el conjunto familiar, para ofrecer una respuesta protectora que esté basada, en particular, en principios de equidad. De ahí que el límite del 100 por 100, de mantenerse, debería aplicarse sumando las pensiones de viudedad y de orfandad, en sus conceptos comparables (es decir, teniendo en cuenta las pensiones de orfandad y de viudedad al 52%) y no con conceptos que tienen fundamentos diferentes, unos de carácter contributivo y, otros más asistenciales (como es el complemento de la pensión de viudedad para alcanzar el 70%). *Vid. LÓPEZ GANDÍA, J. Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social. (El desarrollo del Acuerdo de pensiones de abril de 2001)*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.

- b) Cuando la pensión de viudedad se haya calculado teniendo en cuenta el porcentaje del 70 por 100<sup>300</sup>, se puede superar el límite indicado, aunque en ningún caso a efectos de la aplicación de la pensión de orfandad se puede aplicar un porcentaje superior al 20 por 100, ni el conjunto de todas las pensiones de orfandad puede ser superior a la cuantía resultante de aplicar a la respectiva base reguladora el 48 por 100<sup>301</sup>.

Si respecto de las modificaciones legales incorporadas en la LMSS, la disposición final 3.<sup>a</sup> de la misma regula que las mismas serán de aplicación en relación con los hechos causantes que se produzcan a partir del día 1 de enero de 2008<sup>302</sup>, por el contrario en relación con la concurrencia entre la pensión de viudedad y las de orfandad en los términos indicados, la nueva regulación es de aplicación a las prestaciones en vigor en dicha fecha<sup>303</sup>.

#### 6.4. El «crecimiento» de la pensión de orfandad ante la ausencia de pensiones de viudedad.

Con carácter general, la cuantía de la pensión de orfandad consiste, en el 20 por 100 de la correspondiente base reguladora<sup>304</sup>, salvo en los casos en que no sobreviva cónyuge con derecho a viudedad o el cónyuge fallezca en el disfrute de la pensión, en cuyo caso el porcentaje previsto para esta (52%) acrece el de los huérfanos. Este crecimiento<sup>305</sup> venía encontrando su límite cuando en la fecha del fallecimiento, no sobreviviese cónyuge, aunque sí conviviente de hecho con el fallecido y progenitor del huérfano, al existir una abundante doctrina jurisprudencial<sup>306</sup> que negaba el derecho al crecimiento en los casos en que, a la muerte del causante, sobreviviese la persona que convivía con el fallecido (aunque también fuese la madre del huérfano) en base a una interpretación literal del apartado 2 del artículo 17

<sup>300</sup> Es decir, en los casos en que el pensionista de viudedad cumpla los requisitos de cargas familiares y menores ingresos en los términos contenidos en el Real Decreto 1465/2001.

<sup>301</sup> Con lo cual el límite específico (es decir, cuando la pensión de viudedad se calcule con el 70 % de la base reguladora) de las pensiones de viudedad y de orfandad pasa a ser del 118 por 100.

<sup>302</sup> Fecha de entrada en vigor de la LMSS, de acuerdo con la disposición final 6.<sup>a</sup> de la misma.

<sup>303</sup> Como consecuencia de ello, habrán de ser revisadas (de oficio o a instancia de parte) todas las pensiones de orfandad vigentes, que se encontrasen limitadas en su cuantía, debido a la concurrencia con la pensión de viudedad, en los términos indicados, y con efectos desde el 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la LMSS).

<sup>304</sup> Resultado de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización correspondientes a un período ininterrumpido de 24 meses, elegidas dentro de los siete años anteriores al fallecimiento. En el supuesto de que el fallecido fuese pensionista, la base reguladora es la misma que sirvió para determinar la pensión. En este caso, calculada la cuantía de la pensión se le aplican las revalorizaciones habidas para las pensiones de orfandad desde la fecha del hecho causante de la pensión del fallecido hasta la de efectos económicos de la de orfandad.

<sup>305</sup> El derecho de acrecer está previsto también en los casos de pensiones en favor de familiares –a tenor de lo previsto en el art. 23.2 OMS– de modo que, si al fallecimiento del causante, no quedase cónyuge con derecho a pensión o este falleciese en el disfrute de la misma, se incrementa la pensión en favor de nietos o hermanos. Si en la fecha señalada, no quedan ni cónyuge, hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementa, distribuyendo el incremento entre todos los ascendientes si hubiese más de uno. No obstante, no se aplica el incremento cuando el beneficiario no lo es de pensión, sino únicamente de subsidio temporal. *Id.*, SSTS de 2 de febrero de 1999 y 24 de julio de 2000.

<sup>306</sup> SSTS de 23 de febrero, 5 de abril, 21 de junio, 15 y 20 de julio, 2 de diciembre, todas ellas de 1994, 31 de julio de 1995 ó 18 de noviembre de 1995.

de la Orden de 13 de febrero de 1967, que limita la atribución del 52 por 100 a los casos en que no quede cónyuge superviviente o que este fallezca en el disfrute de la pensión.

Para el TS, para que naciese el derecho a acrecer por parte de los huérfanos era preciso que, en la fecha del fallecimiento, no sobreviviese cónyuge y mal podía sobrevivir cónyuge, cuando antes del fallecimiento, este no existía por no haber mediado vínculo matrimonial; además, el derecho al acrecimiento se proyectaba sobre los huérfanos absolutos, los cuales sufren un mayor menoscabo patrimonial que el huérfano simple, circunstancia que no concurría cuando sobrevivía uno de los progenitores, interpretación<sup>307</sup> de la que, a juicio del TS, no derivaba discriminación para el hijo extramatrimonial ya que el menoscabo económico de este es menor cuando pervive uno de los padres, a quien incumbe las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral, conforme a las previsiones del artículo 154 del Código Civil<sup>308</sup>.

Conforme señalaba la doctrina<sup>309</sup>, con la interpretación indicada se podría estar vulnerando el principio de igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales, al negarles el incremento de la pensión de viudedad, ya que, de haberse casado sus padres, la madre cobraría la pensión, garantizando un mayor bienestar de la familia que, de otra parte, puede experimentar un menoscabo económico importante, ya que, aunque es cierto que existen unas obligaciones respecto del huérfano por parte del padre sobreviviente, sin embargo pudiera suceder que tales obligaciones sean de difícil cumplimiento cuando el mismo carece de medios para llevarlas a cabo, por lo que el propósito de la norma –atender al mejor bienestar del huérfano– podía no alcanzarse, ya que ni el padre supérstite accedía a la pensión de viudedad (que unida a la de orfandad posibilita una mejor situación económica de la unidad familiar) ni, ante la ausencia real de la pensión de viudedad, se permitía el incremento de la pensión del huérfano.

Estas tesis fueron acogidas por el TC<sup>310</sup>, en un supuesto de crecimiento, en favor del huérfano, de las indemnizaciones a tanto alzado, establecidas para los supuestos de muerte derivada de accidente de trabajo<sup>311</sup>, al entender que la diferenciación existente en la normativa de la Seguridad Social en

<sup>307</sup> Criticada por la doctrina. *Vid.*, LEONES SALIDO, J.M. *Las pensiones de viudedad y de orfandad*. Granada. 1998. Págs. 55 y ss.

<sup>308</sup> La interpretación que se venía dando del artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 no dejaba de ser consecuencia de la diferenciación que, en el ámbito de la Seguridad Social, como en otros ámbitos de la legislación estatal sufren las uniones de hecho respecto de las matrimoniales, circunstancia que contrastaba con la regulación dada en diferentes Comunidades Autónomas, en las que se habían venido aprobando leyes mediante las que se procede a equiparar las uniones de hecho y las matrimoniales.

<sup>309</sup> Esta es la posición mayoritaria de la doctrina. *Vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, G. *Prestación de orfandad de un menor hijo de padres unidos more uxorio. No acumulación del 45 por ciento de la pensión de viudedad inexistente a la pensión de orfandad que percibe*. La Ley. 1995. IV; LEONES SALIDO, J.M. *Las pensiones de viudedad y de orfandad*, *op. cit.*; MUÑOZ MOLTO, F.M. «Sobre las pensiones de orfandad y las uniones de hecho (a propósito de la sentencia del TS de 23 de febrero de 1994)». *Tribuna Social*. N.º 54. 1995; o TORTUERO PLAZA, J.L. *Orfandad absoluta interpretación del artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967*. La Ley. 1982.

<sup>310</sup> STC de 22 de mayo de 2006.

<sup>311</sup> Conforme al artículo 29.2 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de febrero de 1967, en caso de muerte derivada de accidente de trabajo la viuda tiene derecho, entre otras prestaciones, a una indemnización a tanto alzado equivalente a seis mensualidades de la correspondiente base reguladora de la pensión; a su vez, cada uno de los huérfanos tiene derecho, en los mismos supuestos, a un pago único equivalente a una mensualidad de la base reguladora. En los supuestos en que no exista viuda con derecho a pensión, la cantidad atribuida en principio a la viuda se distribuye en favor de los huérfanos.

la materia indicada no se adecuaba a las exigencias constitucionales de proporcionalidad en la relación existente entre la medida diferenciadora, el resultado producido y la finalidad pretendida <sup>312</sup>. Para el TC la disposición reglamentaria y la aplicación que había venido efectuándose por los Tribunales ordinarios originaban una discriminación indirecta en contra de los hijos extramatrimoniales, lo que estaba en contra del mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 de la Constitución Española <sup>313</sup>, así como eran contrarias a una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a los principios rectores de la política social y económica, que no son meras declaraciones programáticas, sino guías de referencia que han de orientar las decisiones judiciales <sup>314</sup>.

Contra la regulación reglamentaria reacciona el Acuerdo social, en cuanto que se aboga por la adopción de medidas que posibiliten el incremento de las pensiones de orfandad, en el caso de convivencias de hecho, cuando el conviviente supérstite no tenga derecho a la pensión de viudedad, incremento que, a la vista del pronunciamiento del TC, ha de extenderse a las demás prestaciones. El compromiso pactado se lleva a la disposición adicional 5.ª de la LMSS al prever de forma expresa que, en los supuestos de orfandad, las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de igualdad cualquiera que sea su filiación, si bien supedita esta equiparación al desarrollo reglamentario donde se habrán de establecer los términos y condiciones de la misma.

## 6.5. La percepción de la pensión de orfandad y el trabajo en el sector público.

Si bien la pensión de orfandad mantiene un régimen amplio de compatibilidades <sup>315</sup> (en especial tras la Ley 8/2005 <sup>316</sup>) desde el ejercicio 1984 se mantenía una incompatibilidad entre su per-

---

Este crecimiento se venía denegando en los casos en que, a la muerte del causante, no existiese matrimonio, sin convivencia extramatrimonial, aplicando los Juzgados y Tribunales una doctrina semejante a la indicada para los casos de crecimiento de la pensión de viudedad.

En el supuesto enjuiciado por el TC, si bien el Juzgado de lo Social n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de septiembre, había reconocido al huérfano las seis mensualidades que no podía percibir la madre de aquel, al no estar casada con el fallecido, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, de 3 de junio de 2002, revocó la sentencia de instancia, aplicando la doctrina del TS, de 18 de noviembre de 1998, que había denegado la indemnización en supuestos similares.

<sup>312</sup> Es una constante deducida de la doctrina del TC que, en aplicación del principio de igualdad, no solo se exige que la diferencia de trato esté objetivamente justificada, sino que ha de superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (*vid.*, SSTC 22/1981, de 22 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 209/1988, de 10 de noviembre; 340/1993, de 16 de noviembre o 27/2004, de 4 de marzo).

<sup>313</sup> Que obliga a la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, con independencia de la filiación (STC 200/2001).

<sup>314</sup> *Id.*, sobre el particular, las SSTC 19/1982, de 5 de mayo; 82/1990, de 4 de mayo; 126/1994, de 25 de abril, o 95/2000, de 10 de abril.

<sup>315</sup> El apartado 1 del artículo 179 de la LGSS dispone que la pensión de orfandad es compatible con cualquier renta de trabajo de quien es o haya sido cónyuge (o de quien formase una pareja de hecho) o del propio huérfano, así, como en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba.

<sup>316</sup> Mediante la Ley 8/2005, de 6 de junio, y con efectos del 1 de julio de 2005, se suprimió la incompatibilidad establecida, con efectos del 1 de enero de 2004, entre la pensión de orfandad, en los supuestos de huérfanos mayores de 18 o más años e incapacitados para todo trabajo, y la asignación económica por hijo a cargo, con dicha edad y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, derogándose, a su vez, el Real Decreto 364/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de las personas discapacitadas.

cepción y el trabajo en el sector público, delimitado conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas<sup>317</sup>, procediéndose a la suspensión de la primera mientras durase el desempeño de tal trabajo<sup>318</sup>.

Aunque, con carácter general, esta causa de incompatibilidad apenas tenía efectos prácticos, ya que si el huérfano tenía una edad inferior a los 18 años no podía desempeñar trabajos en la función pública, y si era mayor de esa edad era normal que los ingresos percibidos fuesen superiores al límite de ingresos que permiten, con carácter general, compatibilizar la pensión de orfandad y el trabajo en el sector público, sin embargo, podían presentarse situaciones particulares de incompatibilidad cuando el trabajo en el sector público tenía carácter temporal y mediante contrato laboral, ya que en tales casos la percepción de una cantidad pequeña de ingresos podía producir la pérdida temporal de la pensión de orfandad.

Con ello, se estaba produciendo un tratamiento diferente en relación con la compatibilidad de la pensión de orfandad y la percepción de ingresos derivados del trabajo, según que los mismos proviniesen de un trabajo en el sector privado o en el sector público, ya que si el trabajo se producía en el primero se compatibilizaba la pensión de orfandad y los ingresos del trabajo, hasta el límite del 100 por 100 del SMI, mientras que si se originaba en el segundo la incompatibilidad era total, con independencia de la cuantía de los ingresos obtenidos<sup>319</sup>.

Esta situación de diferenciación queda eliminada tras la entrada en vigor de la LMSS, a través de la cual se procede<sup>320</sup> a la supresión de la incompatibilidad mencionada, mediante la derogación expresa del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 179 de la LGSS y de la disposición transitoria 9.ª de la Ley 53/1984, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 53/1984, se considera actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

<sup>318</sup> Además, la pensión de orfandad en un Régimen de Seguridad Social es incompatible con la percepción de otra pensión de orfandad en otro Régimen, salvo que las cotizaciones acreditadas por el causante en cada uno de los Regímenes se superpusiesen, al menos, durante 15 años.

<sup>319</sup> Esta situación había dado lugar en la presente legislatura a diferentes iniciativas parlamentarias, entre las que destaca la aprobación de una Proposición no de Ley, el 28 de julio de 2006, conforme a la que el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, adoptase las medidas necesarias para hacer compatible la pensión de orfandad para las personas incapacitadas, con el desempeño de un trabajo temporal en el sector público, en los mismos términos en que está regulada la compatibilidad con el empleo privado.

<sup>320</sup> Mediante los apartados ocho.1 y nueve del artículo 5 de la LMSS.

<sup>321</sup> La disposición transitoria 9.ª de la Ley 53/1984 preveía la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de orfandad y el trabajo del sector público.

La derogación del artículo 179.2.2.º de la LGSS y de la disposición transitoria 9.ª de la Ley 53/1984 es consecuencia de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 69 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes). *Id.*, el Boletín indicado en la nota 36.



## 6.6. La mejora de la cuantía de la pensión de orfandad.

Una de las novedades, en el ámbito de la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en 2006, respecto de la normativa anterior, consistió en el establecimiento de una pensión mínima de orfandad en favor de los pensionistas menores de 18 años, y con una discapacidad igual o superior al 65 por 100.

Con un objetivo semejante de mejorar la protección de los huérfanos, el Acuerdo de 2006 aboga por continuar con la mejora progresiva de la pensión mínima por orfandad, a cuya finalidad el apartado 2 de la disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la LMSS prevé que por el Gobierno se adopten, en los próximos ejercicios económicos, las medidas necesarias para que la cuantía mínima de la pensión de orfandad alcance, al menos, el 33 por 100 del IPREM.

## 7. LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Aunque la LMSS –en línea con el Acuerdo de 2006– establece el compromiso de mejorar las prestaciones familiares, no obstante es otra disposición legal –la Ley 35/2007, de 15 de noviembre<sup>322</sup>– la que recoge un mayor número de preceptos que afectan a la clase de prestaciones de apoyo a la familia, a los requisitos para su acceso o a los importes de las mismas, en la forma que se indica en los apartados siguientes.

### 7.1. La deducción fiscal/prestación no contributiva de pago único por nacimiento o adopción.

La Ley 35/2007 regula una deducción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) por nacimiento o adopción de hijo, deducción que reviste la naturaleza de prestación no contributiva de la Seguridad Social, en el caso de que, habiéndose producido el nacimiento o la adopción, los beneficiarios no pueden acceder a la deducción fiscal. Se trata, por tanto, de una prestación universal, dado que, frente a lo que ocurre con la mayoría de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, no queda sometida a la acreditación de menores ingresos.

#### 7.1.1. La deducción fiscal por nacimiento o adopción de hijo.

Las características básicas de la deducción en el IRPF son las siguientes:

<sup>322</sup> Por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción de hijo en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción (BOE de 16 de noviembre de 2007).

- a) La *contingencia protegida* es el nuevo nacimiento, producido en territorio español, siempre que se hubiese originado a partir del 1 de julio de 2007, así como la adopción constituida o reconocida por autoridad española competente, siempre que la misma se haya formalizado a partir de dicha fecha.
- b) En cuanto a los *beneficiarios* de la deducción hay que diferenciar entre el nacimiento y la adopción, ya que:
- De haberse producido un nacimiento, la beneficiaria de la deducción es la madre, salvo en el supuesto de fallecimiento de la misma sin haber solicitado la percepción anticipada de la deducción, en cuyo caso, el beneficiario es el otro progenitor.
  - En los supuestos de adopción, si la misma se constituye por una sola persona, es ella la beneficiaria; por el contrario, si la adopción se ha constituido por dos personas, para determinar el beneficiario de la misma, ha de estarse al sexo de los adoptantes:
    - Si los adoptantes son de diferente sexo, es beneficiaria la mujer, salvo que haya fallecido sin haber solicitado la percepción anticipada de la deducción fiscal, en cuyo caso la condición de beneficiario pasa al otro adoptante.
    - Si los adoptantes son del mismo sexo, es beneficiaria la persona que ellos mismos designen de común acuerdo.

No obstante, no se accede a la deducción cuando se produzca la adopción de un menor por una sola persona y subsista la patria potestad de uno de los progenitores.

- c) En todos los supuestos, es requisito necesario que la persona beneficiaria haya residido de forma legal, efectiva y continuada en territorio español durante, al menos, los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento o la adopción<sup>323</sup>. Con esta regulación, se produce una diferencia entre el nacimiento y la adopción, cuando ambos hechos se producen en una unidad familiar constituida por dos personas del sexo femenino, ya que, en la maternidad biológica, no se accedería a la deducción fiscal, cuando la madre no cumpliera el requisito del tiempo de residencia legal y efectiva, mientras que en la adopción, el hecho de que una de las mujeres no acredite el período de residencia, no es obstáculo para que la otra sea beneficiaria de la deducción.

Además, para ser beneficiaria de la deducción fiscal, se precisa la acreditación de la condición de contribuyente en el IRPF, bien por realizar una actividad, por cuenta propia o ajena, por la que esté dada de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad alternativa<sup>324</sup>, en la fecha del nacimiento o la adopción, bien por haber obtenido

<sup>323</sup> Conforme al artículo 2.2 de la Ley 35/2007, para las personas que carezcan de la nacionalidad española, la situación de residencia se ha de determinar conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen.

<sup>324</sup> Aunque el artículo 3 de la Ley 35/2007 no «adjetiva» la naturaleza de la Mutualidad, hay que entender que la misma ha de funcionar como «alternativa» a los mecanismos obligatorios de la Seguridad Social, en los términos de la disposición

durante el período impositivo anterior rendimientos o ganancias de patrimonio, sujetos a retención o ingreso a cuenta, o rendimientos de actividades económicas por los que se hubieran efectuado los correspondientes pagos fraccionados.

- d) Cumplidos todos los requisitos señalados se tiene derecho a una deducción en el IRPF por una cuantía de 2.500 euros por cada hijo nacido o adoptado <sup>325</sup>.
- e) La deducción se ha de practicar en el período impositivo en el que se haya efectuado la inscripción del nacimiento o la adopción en el Registro Civil, minorando la cuota diferencial del impuesto, si bien la persona beneficiaria puede solicitar de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) el abono anticipado de la misma <sup>326</sup>, pudiendo cederse al otro progenitor o adoptante el derecho al cobro, una vez que el mismo sea reconocido y siempre que en el cesionario concurren las condiciones para su consideración como beneficiario de la misma, sin que tal cesión pueda ser considerada como transmisión lucrativa a los efectos fiscales <sup>327</sup>.
- f) Existe una incompatibilidad entre la deducción fiscal y la prestación no contributiva por el mismo nacimiento o adopción, de modo que no procede la primera si se hubiera percibido la segunda <sup>328</sup>.
- g) Respecto de la gestión <sup>329</sup> de la deducción, la solicitud de la percepción de forma anticipada se puede efectuar a partir de la inscripción del descendiente en el Registro Civil <sup>330</sup>, implicando la solicitud el consentimiento del interesado para el acceso, tratamiento y comu-

adicional de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, es decir, las Mutualidades que actúan como alternativas, respecto de los profesionales colegiados, al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Un análisis de estas Mutualidades «alternativas» en LÓPEZ ANIORTE, M.C. «Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema». *Relaciones Laborales*. N.º 21. 1997; MALDONADO MOLINA, J. «La previsión social de los profesionales liberales: papel que corresponde a sus mutualidades tras la LOSSP» en la obra colectiva *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados*. MAPFRE. 1997; PANIZO ROBLES, J.A. «De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N.º 208. CEF. Junio 2000 y SEMPERE NAVARRO, A.V. «Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía». *Aranzadi Social*. N.º 1/2000.

<sup>325</sup> Artículo 3 de la Ley 35/2007.

<sup>326</sup> La Orden EHA/3352/2007, de 19 de noviembre (BOE de 20 de noviembre), aprueba el modelo 140, de solicitud del abono anticipado de las deducciones del IRPF por maternidad y por nacimiento o adopción, así como el modelo 141, de solicitud del pago único por nacimiento o adopción de hijo, se determina el lugar, forma y plazo de presentación de los mismos.

<sup>327</sup> Todo ello de conformidad con las previsiones del artículo 81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio, añadido a la misma por el apartado dos de la disposición final 1.ª de la Ley 35/2007.

<sup>328</sup> Artículo 81 bis.3 de la Ley 35/2006 (en la redacción incorporada por el apartado dos de la disp. final 1.ª Ley 35/2007).

<sup>329</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 35/2007, el Ministro de Economía y Hacienda ha de establecer el procedimiento y las condiciones para tener derecho a la percepción de forma anticipada de la deducción en el IRPF.

<sup>330</sup> Toda vez que, siguiendo las indicaciones de la propia Administración, se pudo solicitar la práctica de la deducción a partir del 1 de julio de 2007, la disposición transitoria única de la Ley 35/2007 prevé que las comunicaciones de nacimientos o adopciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de aquella por las personas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley o por sus representantes legales, tienen la consideración de solicitudes, entendiéndose formuladas desde la fecha de entrada en vigor de la misma.

nicación de los datos de carácter personal que sean necesarios para el ejercicio de las funciones de los órganos administrativos encargados de la tramitación de los procedimientos de gestión e inspección relativos a la deducción en el IRPF <sup>331</sup>.

- h) Por último, en cuanto a la financiación, la deducción fiscal se aplica al tramo estatal del impuesto, sin que recaiga en la parte autonómica <sup>332</sup>.

### 7.1.2. La prestación no contributiva por nacimiento o adopción.

Cuando, habiéndose producido un nacimiento o formalizado una adopción, en los términos señalados respecto de la deducción fiscal, no pudiera accederse a esta última, por no ser la persona beneficiaria contribuyente en el IRPF, se tiene derecho a la nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social por nacimiento o adopción <sup>333</sup>.

La prestación no contributiva es de aplicación, de igual modo, a los contribuyentes a los que resulten aplicables las normas forales de Navarra o del País Vasco en el IRPF <sup>334</sup>, siempre se haya producido el nacimiento o la adopción, en los términos antes indicados, y se reúnan los requisitos de residencia y demás indicados en el apartado anterior.

Las características básicas de la prestación no contributiva de la Seguridad Social por nacimiento o adopción son las siguientes:

- a) Respecto de la *contingencia protegida*, las *personas beneficiarias* y los *requisitos de residencia* se aplican los mismos criterios señalados para la deducción fiscal <sup>335</sup>.
- b) La *cuantía* de la prestación es similar a la deducción fiscal, es decir, equivale a 2.500 euros por cada nacimiento o adopción <sup>336</sup> y, al igual que sucede con la segunda, el derecho al cobro de la prestación económica puede ser cedido al otro progenitor o adoptante, siempre que en el mismo concurra también la condición de persona beneficiaria, sin que tampoco en este caso esa cesión sea considerada como una transmisión, a los efectos fiscales.

<sup>331</sup> Conforme a las exigencias que se prevén a tales efectos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal o de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>332</sup> De acuerdo a las previsiones del último párrafo del apartado a), artículo 3 de la Ley 35/2007. Esta precisión no se reflejaba en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno y remitido a las Cámaras, aunque era fácilmente deducible la forma de financiar esta deducción. No obstante, en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados se incorporó aquella de forma expresa.

<sup>333</sup> En tal sentido, el apartado dos de la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007 añade, en el artículo 181 de la LGSS, y dentro de las prestaciones familiares, la «prestación económica de pago único por nacimiento o adopción», cuya regulación se contiene en la nueva Subsección 4.<sup>a</sup> de la Sección 2.<sup>a</sup>, Capítulo IX, Título II de la LGSS, una nueva Subsección 4.<sup>a</sup> para la regulación de la nueva prestación, que comprende los artículos 188 bis a 188 sexies.

<sup>334</sup> De acuerdo con las previsiones contenidas en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007. Las competencias fiscales de las dos Comunidades impedían aplicar de forma directa, a través de normas estatales, la deducción fiscal a los contribuyentes con residencia en dichos territorios.

<sup>335</sup> Artículo 188 bis de la LGSS, en la redacción dada por el apartado nueve de la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007.

<sup>336</sup> Artículo 188 ter, en la redacción dada por el apartado nueve de la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007.

- c) La prestación es compatible con la percepción de las prestaciones familiares de la Seguridad Social<sup>337</sup>, pero es incompatible con la percepción anticipada de la deducción fiscal por el mismo nacimiento o adopción.
- d) En cuanto a las especialidades de la *gestión*, la solicitud puede realizarse<sup>338</sup> a partir de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento o la adopción<sup>339</sup>, implicando la misma el consentimiento del interesado para el acceso, tratamiento y comunicación de los datos de carácter personal que sean necesarios para el ejercicio de las funciones de los órganos de gestión de la misma<sup>340</sup>, correspondiendo al INSS, a través de su Director General, la gestión, administración y resolución de la prestación, competencia que, junto con la correspondiente a la resolución de la reclamación previa a la vía judicial<sup>341</sup>, pueden ser objeto de delegación en los órganos de la AEAT, con la finalidad de unificar en un solo órgano administrativo la gestión de ambas modalidades de protección –la deducción fiscal y la prestación de la Seguridad Social– y, de este modo, alcanzar una mayor agilidad y eficacia<sup>342</sup>.

Las previsiones legales han sido objeto de aplicación a través de la Resolución de la Dirección General del INSS, de 16 de noviembre de 2007<sup>343</sup>, mediante la que se delega el ejercicio de competencia en determinados órganos de la AEAT<sup>344</sup>, en relación con la prestación

<sup>337</sup> De acuerdo con las previsiones del apartado 4 del artículo 189 de la LGSS, en la redacción que incorpora el apartado diez de la disposición final 2.ª de la Ley 35/2007.

Ello produce que, por ejemplo, en un parto múltiple, la familia recibiría la deducción fiscal o la prestación no contributiva correspondiente (2.500 euros) la prestación por nacimiento en caso de familia numerosa (1.000 euros) y la prestación por parto múltiple (8 veces el SMI). Además, en caso de que cualquiera de los progenitores estuviera realizando una actividad por cuenta ajena o propia, el nacimiento daría derecho a suspender el contrato de trabajo o la actividad durante 20 semanas –y, en su caso, otros 15 días por paternidad– percibiendo el 100 por 100 del salario cotizado o de la base de cotización, así como la prestación de maternidad por parto múltiple (equivalente, en el caso indicado, a un pago único por un importe equivalente a 12 semanas de la prestación por maternidad). Por último, si se reunieran los requisitos de rentas previstos en el artículo 182 de la LGSS, se percibirían 1.500 euros/año en concepto de asignación económica por hijo a cargo.

<sup>338</sup> Artículo 188 quáter de la LGSS, en la redacción dada por el apartado nueve de la disposición final 2.ª de la Ley 35/2007. La solicitud de la prestación de la Seguridad Social se ha de efectuar en el Modelo 141 «Nacimiento o adopción de hijo. Solicitud de pago único».

<sup>339</sup> Conforme a la disposición transitoria única de la Ley 35/2007, las comunicaciones de nacimientos o adopciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de aquella por las personas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley o por sus representantes legales, tienen la consideración de solicitudes, entendiéndose formuladas desde la fecha de entrada en vigor de la misma.

<sup>340</sup> A los efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en la LGSS.

<sup>341</sup> En el orden social, de acuerdo con el artículo 71 de la LPL, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

<sup>342</sup> Con los efectos del artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los requisitos, referidos a los órganos delegados, del apartado cuarto de la disposición adicional 13.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

No deja de ser curioso que las facultades del INSS y la posibilidad de delegación en la AEAT se recojan, con el mismo contenido, en dos lugares de la Ley 35/2007 (arts. 5 de la Ley y 188 sexies LGSS en la redacción dada por el apartado nueve de la disp. final 2.ª Ley 35/2007).

<sup>343</sup> BOE de 17 de noviembre.

<sup>344</sup> La delegación no se efectúa *in extenso* a la AEAT, sino que en el apartado primero de la Resolución se concretan de forma expresa en los órganos en los que se delega, como son:

económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción de hijo, competencia que se extiende a la gestión y administración de aquella, incluida la resolución de la reclamación previa a la vía judicial<sup>345</sup>. No obstante, se excluyen de la delegación<sup>346</sup> las actuaciones administrativas referentes a la solicitud, mediante demanda ante la jurisdicción social, la revisión de los actos declarativos del derecho a la prestación reconocida previamente a un beneficiario o la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, en base a las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 145 de la LPL.

La delegación del INSS en la AEAT ha originado, asimismo, que la TGSS haya realizado una encomienda de gestión en dicha Agencia, en lo que se refiere a los ámbitos del pago de la prestación no contributiva de la Seguridad Social<sup>347</sup>.

## 7.2. La mejora de otras prestaciones familiares de la Seguridad Social<sup>348</sup>.

Con independencia de la nueva prestación por deducción fiscal/prestación no contributiva por nacimiento o adopción, la Ley 35/2007 modifica la regulación de las prestaciones familiares vigentes, con la finalidad de propiciar una mayor extensión de las familias beneficiarias de las asignacio-

- Los Administradores, Jefes de las Dependencias de Gestión Tributaria y Jefes de las Dependencias Regionales de Gestión Tributaria, en la medida en que sean competentes para la resolución de las solicitudes de abono anticipado de la deducción fiscal por nacimiento o adopción de hijo.
- De igual modo, los Jefes de las Dependencias de Gestión Tributaria de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y el Jefe de la Dependencia Regional de Gestión Tributaria de Navarra, respecto de las solicitudes presentadas por las personas con domicilio fiscal en las respectivas Delegaciones o Delegación Especial.
- El Jefe de la Oficina Nacional de Gestión Tributaria, para los trámites que se lleven a cabo de forma centralizada.

<sup>345</sup> En el apartado tercero de la Resolución de 16 de noviembre de 2007 se establece de forma expresa –de acuerdo con las exigencias del procedimiento administrativo–, que los actos y resoluciones que se adopten en virtud de la delegación han de indicar expresamente dicha circunstancia, haciendo referencia a la resolución y a la fecha de su publicación en el BOE.

<sup>346</sup> Apartado segundo.2 de la Resolución de 16 de diciembre de 2003.

<sup>347</sup> Mediante Resolución de 19 de noviembre de 2007 (BOE de 20 de noviembre) de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia se publica el acuerdo de encomienda de gestión suscrito entre la TGSS y la AEAT para el pago de la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción de hijo. A su vez, y como consecuencia del hecho de la gestión, por parte de la AEAT, de la prestación no contributiva de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 30 de noviembre de 2007, ha aprobado un Acuerdo por el que se sustituye la fiscalización previa por la de control financiero permanente, en cuanto se refiere a la mencionada prestación.

<sup>348</sup> Sobre las prestaciones familiares de la Seguridad Social, *vid.*, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. «El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2006, de 11 de noviembre». *Justicia Laboral*. N.º 28. Noviembre 2006; GARCÍA MURCIA J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. «Comentarios a los artículos 180 y ss.» en MONEREO, J.L. (coord.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. Vol. II. Edit. Comares. Granada. 1999; MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social». *Documentación Laboral*. N.º 12. 2004; MORENO DE VEGA y LOMO, F. «El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el régimen General de la Seguridad Social». *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, N.º 191. Noviembre 2006; PANIZO ROBLES, J.A. «La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre)». *Tribuna Social*. N.º 181 a 183 Enero/Marzo 2006 y SANCHEZ RODAS, C. *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*. Laborum. Murcia. 2005.

nes familiares, mejorar los importes de las prestaciones en los casos de causantes de las mismas menores de tres años y dar una mayor cobertura a las familias numerosas y monoparentales, todo ello del siguiente modo:

- a) Con carácter general, el artículo 6 de la LMSS<sup>349</sup> amplía el límite de ingresos que, aunque sean percibidos por el causante de la prestación (el hijo o acogido) no impide que sea considerado como hijo a cargo, a efectos de la percepción de las correspondientes asignaciones económicas. A tal efecto, y siguiendo una medida similar a la adoptada en el caso de la pensión de orfandad, dicho límite se sitúa en el 100 por 100 del SMI, frente al 75 por 100, que contenía la regulación anterior.
- b) Respecto de las asignaciones familiares en favor de hijo no discapacitado, se amplía el límite de ingresos de los beneficiarios, situando ese límite en 11.000 euros<sup>350</sup>.
- c) La asignación económica por hijo a cargo no discapacitado<sup>351</sup> (por una cuantía de 291 euros/año) se sitúa en 500 euros/año, cuando el hijo o acogido sea menor de tres años<sup>352</sup>.
- d) La prestación en favor de hijo discapacitado menor de 18 años (con un importe actual de 581,66 euros/año) pasa a situarse en 1.000 euros/año, cuando el causante sea menor de tres años<sup>353</sup>.
- e) La prestación por nacimiento o adopción<sup>354</sup> de tercer hijo se modifica por una prestación en favor de «familia numerosa, familia monoparental y en los casos de madre discapacitada».

<sup>349</sup> A través de la modificación del segundo párrafo, letra a), artículo 181 de la LGSS. El artículo 6 de la LMSS no figuraba en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 70 (presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió) y 171 (del Grupo Parlamentario Popular). *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>350</sup> Frente a la cuantía de 9.328,39 euros establecidos en la LPGE para 2007 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 182.1 c), primer párrafo, de la LGSS, en la redacción dada por el apartado tres de la disposición final 2.ª de la Ley 35/2007.

Según los datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la ampliación del límite de ingresos implica que cerca de 200.000 nuevas familias accedan a la protección.

<sup>351</sup> Aunque en la nueva redacción del artículo 182 bis.2 a) de la LGSS se ha omitido la referencia a la edad de hijo o menor acogido, hay que rellenar la laguna con la edad inferior a los 18 años, ya que el precepto no puede interpretarse de otra forma, puesto que el artículo comentado únicamente se refiere a las cuantías de una prestación que otro artículo [181 a)] refiere a los hijos o menores a cargo de menos de 18 años.

<sup>352</sup> Conforme a las previsiones del artículo 182 bis.1 de la LGSS, en la redacción dada por el apartado cuatro de la disposición final 2.ª de la Ley 35/2007.

<sup>353</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 182 bis.2 de la LGSS, en la redacción dada por el apartado cinco de la disposición final 2.ª de la Ley 35/2007.

Tanto para esta prestación, como para el caso de asignación por hijo o menor acogido no discapacitado, las instrucciones internas de la entidad gestora establecen los efectos de las nuevas cuantías en el 1 de enero de 2008, tanto en lo que se refiere a los nuevos importes (aplicables a los supuestos de hijos o menores a cargo con edades entre cero y tres años) como los nuevos límites de ingresos, teniendo en cuenta que las prestaciones familiares periódicas (salvo en lo que se refiere a aquellas por hijos con 18 o más años y un grado de discapacidad igual o superior al 65%) están sujetas en su nacimiento, modificación y extinción a las previsiones reflejadas en el artículo 183.2 de la LGSS, que considera a todos los efectos la fecha de inicio y terminación de cada trimestre natural.

<sup>354</sup> Aunque en la regulación de esta prestación –y a diferencia de lo que sucede con la deducción fiscal/prestación de Seguridad Social por nacimiento o adopción de hijo (comentada en el apartado 7.1)– no se exige que la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente, se entiende que el régimen jurídico de ambas situaciones ha de ser similar, de modo que tanto en una como en otra, a efectos del acceso a la correspondiente protección, quepa tanto la constituida en nuestro país, como la reconocida por autoridad española.

Así como no existen dudas respecto al tercero de los supuestos (ya que la discapacidad de la madre <sup>355</sup> está tasada) no ocurre lo mismo con los otros dos, ya que:

- En cuanto a la familia numerosa, la propia LGSS (art. 185, en la redacción dada por el apartado 7 de la disp. final 2.<sup>a</sup> Ley 35/2007) precisa qué ha de entenderse por dicha expresión, remitiéndose a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, lo que origina que, a efectos de su consideración, se tengan en cuenta todos los descendientes que cumplan los requisitos de renta y edad contenidos en aquella, que no coinciden con los denominados «hijos a cargo» a que se refiere la LGSS. Por ello, y a efectos de la prestación por nacimiento o adopción en el supuesto de familia numerosa:
  - Se ha de acudir al concepto de familia numerosa regulado en la Ley 40/2003.
  - En función de lo anterior, pueden existir familias numerosas con dos hijos (como es el caso de familias en las que solo vive un progenitor o cuando el nacido o adoptado es discapacitado).
  - Se pueden computar a los efectos de la prestación, los hijos comunes y no comunes, siempre que convivan dentro de la misma unidad familiar. Se computan, a efectos de la consideración de la familia numerosa, también el hijo nacido o adoptado.
- Respecto de la familia monoparental, la Ley 35/2007 establece el alcance de tal expresión <sup>356</sup>, mediante la concurrencia de tres requisitos básicos: la existencia de un progenitor único, la convivencia con el hijo y el hecho de que tal progenitor sea el único sustentador de la familia. En relación con tales requisitos, ha de partirse, de una parte, de que el carácter básico de la monoparentalidad es la existencia de un solo progenitor, más que la causa por la que se haya llegado a tal situación <sup>357</sup> y, de otra, que el hecho de que el progenitor sea el único sustentador de la familia no puede llevar tal exigencia a un límite que excluyese el hecho de que otras personas –por ejemplo, familiares o amigos– ayudasen a soportar las respectivas cargas <sup>358</sup>.

<sup>355</sup> El artículo 185 de la LGSS se refiere como beneficiaria de la prestación a la madre, sin que quepa extender el supuesto al otro progenitor discapacitado, aunque se trate de una adopción.

<sup>356</sup> No existe un concepto unívoco de familia monoparental en el ámbito jurídico, ni siquiera en el sociológico. En las instancias internacionales (básicamente, el Consejo de Europa, la Comisión Europea y la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo) además de la referencia al hecho de un progenitor único y de la existencia de hijos a cargo, se consideran otras cuestiones como el sexo del progenitor, la edad de los hijos, su dependencia económica en relación con el progenitor o las causas de acceso a la monoparentalidad.

<sup>357</sup> Por ello, se considera que la protección ha de abarcar a supuestos en que la familia monoparental deviene por fallecimiento de uno de los progenitores, mientras que resultaría complejo que se incluyese en la cobertura a supuestos de familias, en los que hay un progenitor viviendo con los menores como consecuencia de un divorcio o separación, pero en las que existen dos progenitores.

<sup>358</sup> Ha de tenerse en cuenta que la prestación por nacimiento o adopción en familia numerosa, monoparental o en las familias en las que la madre esté discapacitada en un grado igual o superior al 65 por 100 –al igual que sucedía con la anterior prestación por nacimiento de tercer o sucesivo hijo– está sometida al mismo límite de rentas que la asignación por hijo a cargo no discapacitado.



En los tres supuestos señalados (familia numerosa, monoparental o con madre discapacitada grave) se duplica la cuantía anterior de la prestación que pasa a situarse en 1.000 euros (frente a los 450,6 euros anteriores, que, además, quedaban limitados a los casos de familias numerosas)<sup>359</sup>.

En síntesis, las modificaciones legales operadas en el ámbito de las prestaciones familiares de la Seguridad Social se recogen en el siguiente cuadro:

Materia	Legislación anterior	Nueva regulación
Asignación por hijo a cargo no discapacitado <i>Límite de ingresos del beneficiario</i> <i>Ingresos del menor</i> <i>Cuantía</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 9.328,39 euros/año</li> <li>• 75% SMI</li> <li>• 291 euros/año</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 11.000 euros/año</li> <li>• 100% SMI</li> <li>• 500 euros/año, si el hijo es menor de 3 años; 291, en los demás casos</li> </ul>
Asignación por hijo a cargo discapacitado menos de 18 años: <i>cuantía</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 581,66 euros/año</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1.000 euros/año, si el hijo es menor de 3 años; 581,66, en los demás casos</li> </ul>
Prestación por nacimiento de 3. <sup>er</sup> hijo: <i>Destinatarios</i> <i>Cuantía</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las familias en las que nazca un 3.<sup>er</sup> hijo o se adopte a un menor que suponga el 3.<sup>er</sup> hijo</li> <li>• 450,76 euros</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La prestación se extiende a los casos de nacimiento o adopción (cualquiera que sea el número del hijo) en los siguientes casos: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Familia numerosa</li> <li>– Familia monoparental</li> <li>– Familia en la que la madre tenga una discapacidad igual o superior al 65%</li> </ul> </li> <li>• 1.000 euros</li> </ul>
<i>Prestación por parto múltiple</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prestación cuya cuantía varía en función del número de nacidos (entre 4 y 12 veces el SMI)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No se modifica la regulación</li> </ul>
Prestación por nacimiento o adopción de hijo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No existe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se configura como deducción fiscal o prestación no contributiva</li> <li>• 2.500 euros por cada nacimiento o adopción</li> </ul>

### 7.3. Otras medidas relacionadas con las prestaciones y ayudas a las familias.

Además de las contempladas en la Ley 35/2007<sup>360</sup>, la LMSS también recoge un conjunto de preceptos que afectan a las prestaciones familiares de la Seguridad Social o, en su caso, a la protección de las familias, del siguiente modo:

<sup>359</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 186.1 de la LGSS, en la redacción dada por el apartado ocho de la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007.

<sup>360</sup> Además de las medidas respecto de la deducción fiscal/prestación no contributiva por nacimiento o adopción de hijo, así como las relacionadas con la mejora de las prestaciones familiares, la Ley 35/2007 contempla otras medidas relacionadas con el apoyo a las familias, entre las que se encuentran:

- a) Se prevé una mejora de las rentas de las familias con menores ingresos, a cuya finalidad la disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>361</sup> establece que durante los próximos ejercicios presupuestarios la mejora de las deducciones en el IRPF, de las prestaciones económicas del nivel contributivo de la Seguridad Social y de las prestaciones del nivel no contributivo, han de tender a garantizar un refuerzo de las políticas de apoyo a las familias <sup>362</sup>.
- b) Esta política de apoyo a la familia ha de tener también un objetivo preferente en aquellas en las que se inserten personas con discapacidad, por lo que la disposición adicional 11.<sup>a</sup> LMSS <sup>363</sup> ordena al Gobierno a presentar en el Congreso de los Diputados, en el plazo de un año (plazo que finaliza el 31 de diciembre de 2008) un estudio que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de las personas en situación de discapacidad (patrimonio protegido, previsión social complementaria, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social <sup>364</sup> y beneficios fiscales) a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que, por la naturaleza o gravedad de sus afecciones, no puedan realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistas de apoyo familiar.

- Se establece la exención a los efectos de sujeción al IRPF de las prestaciones y ayudas familiares percibidas de cualquiera de las Administraciones Públicas, ya sean vinculadas al nacimiento, adopción, acogimiento o cuidado de hijos menores [a través de la adición de un nuevo apartado z) en el art. 7 Ley 35/2006, a través del apartado uno de la disp. final 1.<sup>a</sup> Ley 35/2007].
- El mandato al Gobierno para que, en el marco de las políticas familiares, impulse la coordinación con las Comunidades Autónomas en la determinación de las circunstancias asociadas a las ayudas familiares y en la integración de las políticas de la Seguridad Social con las de las mismas, a fin de conseguir un mayor grado de eficacia en la consecución de los objetivos comunes, respetando en todo caso el marco competencial de las Comunidades Autónomas (disp. adic. 3.<sup>a</sup> Ley 35/2007).
- El Gobierno, en el marco de las políticas estatales y con respeto al marco competencial de las Comunidades Autónomas, ha de impulsar políticas tendentes a desarrollar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar (disp. adic. 5.<sup>a</sup> Ley 35/2007).
- A su vez, en el marco de las políticas estatales, siempre con respeto al marco competencial de las Comunidades Autónomas, el Gobierno ha de impulsar políticas tendentes a desarrollar la escolarización de cero a tres años (disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007).
- En todo caso, en el diseño, aplicación y evaluación de las políticas familiares se ha de potenciar la perspectiva de género (disp. adic. 6.<sup>a</sup> Ley 35/2007).
- Por último, la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley 35/2007 prevé que, a partir de los Presupuestos Generales del Estado de 2008, se incrementarán sustancialmente las partidas destinadas a financiar, mediante convenio entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas y otras Administraciones, las nuevas inversiones y la puesta en marcha de nuevos centros y servicios que posibiliten la extensión y generalización de la red de escuelas infantiles en el tramo de cero a tres años.

<sup>361</sup> La disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 116 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 36) modificada ligeramente por la aprobación en el Senado de la enmienda 90 del Grupo Parlamentario Socialista (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 51).

<sup>362</sup> En esta línea se orienta el incremento del límite de ingresos para ser beneficiario de las asignaciones familiares por hijo a cargo no discapacitado, en los términos indicados.

<sup>363</sup> La disposición adicional 11.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 103 (presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió).  *Vid.*, el Boletín indicado en la nota 36.

<sup>364</sup> El movimiento asociativo de las personas con discapacidad vienen reivindicando el establecimiento de un convenio especial propio, que permita a las mismas quedar incorporados a la Seguridad Social, a los efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social –básicamente, pensiones– aunque no lleven a cabo una actividad retribuida.

- c) El tercer colectivo de familias que la LMSS entiende que han de ser destinatarias de medidas de especial protección son las formadas por unidades familiares unipersonales <sup>365</sup>.
- d) La última medida guarda relación con las familias numerosas, ya que la disposición adicional 13.ª de la LMSS <sup>366</sup> (a través de la cual se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del art. 2 Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas) considera como tal a uno de los progenitores con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor <sup>367</sup>.

<sup>365</sup> En ese objetivo ha de considerarse la medida del establecimiento de la prestación familiar por nacimiento en las familias monoparentales, establecida en la Ley 35/2007, antes comentada.

Además, la disposición adicional 24.ª de la LMSS dispone que los perceptores de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social por las contingencias de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, que formen una unidad económica unipersonal, y que tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento de un hogar, experimenten durante los próximos cuatro años subidas adicionales de su complemento para mínimos, que les permitan alcanzar en ese período los niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar. En la adopción de esta medida se tendrán en cuenta los ingresos de que disponga el pensionista, así como el patrimonio, excluida su vivienda habitual, precisándose que la financiación del complemento a mínimos ha de correr a cargo a la aportación de los Presupuestos Generales del Estado a la Seguridad Social, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 86.2 y la disposición transitoria 14.ª de la LGSS, así como las orientaciones contenidas en la recomendación 1.ª del Pacto de Toledo y en el Acuerdo de 2006.

En el ejercicio 2007, respecto de las pensiones en vigor, el 33,22 por 100 de las pensiones de viudedad, el 46,37 por 100 de las de orfandad y el 46,89 por 100 de las pensiones a favor de familiares perciben complementos a mínimos. Estos porcentajes se sitúan en el 28,68 por 100, 41,94 por 100 y 43,02 por 100, respectivamente, en lo que se refiere a las nuevas altas de pensión. De igual modo, la cuantía más alta que se abona, en concepto de complemento a mínimo de pensión, corresponde a las pensiones de viudedad, que alcanza los 187,00 euros/mes.

La evolución de la cuantía media mensual pagada en concepto de complemento por mínimo (euros/mes) es la siguiente:

Ejercicio	I. Permanente	Jubilación	Viudedad	Orfandad	F. Familiares	TOTAL
2000	74,45	106,16	144,60	50,80	65,85	116,73
2001	78,44	109,63	148,96	54,10	66,31	120,72
2002	79,68	112,43	148,93	54,06	65,91	122,17
2003	85,86	116,80	149,31	58,52	68,08	124,95
2004	89,40	120,37	142,97	62,09	71,34	124,72
2005	88,03	136,09	158,28	68,70	78,23	138,54
2006	101,28	152,67	172,50	75,96	86,44	153,51
2007	113,62	168,74	187,00	84,06	95,17	168,39

FUENTE: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social para 2008.*

<sup>366</sup> La disposición adicional 13.ª de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 117 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 36) modificada ligeramente por la aprobación en el Senado de la enmienda 91 del Grupo Parlamentario Socialista (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 51).

<sup>367</sup> La disposición adicional 70.ª del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) establece que por el Gobierno se han de llevar a cabo las oportunas modificaciones legales para que las familias monoparentales con dos hijos tengan la consideración de familia numerosa.

## 8. OTRAS MEDIDAS PROTECTORAS

### 8.1. La cotización a la Seguridad Social durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

Por lo general, los trabajadores de edad, una vez que se ha agotado el período de desempleo contributivo y si no acceden directamente a los mecanismos básicos de las ayudas de prejubilación, suelen beneficiarse del subsidio de desempleo, entre cuyas variantes existe una consistente en que, además de percibirse una renta económica, se tiene derecho a la cotización a la Seguridad Social por la contingencia por jubilación <sup>368</sup> hasta el momento en que el subsidiado acceda a la pensión <sup>369</sup>.

Para ser beneficiario de esta modalidad de subsidio de desempleo, el trabajador debe cumplir los siguientes requisitos: a) figurar inscrito como demandante de empleo sin rechazar una oferta de empleo adecuada y estar en condiciones de trabajar; b) carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extras <sup>370</sup>; c) acreditar un período de cotización a la contingencia de desempleo de seis años, con anterioridad al acceso al subsidio; d) haber cumplido, como mínimo, los 52 años de edad –que debe ser real, sin que quepa reducirla por la aplicación de coeficientes reductores– y e) reunir todos los requisitos, salvo el de la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva en el sistema de la Seguridad Social.

Respecto del contenido protector, además de la renta económica (consistente en el 80% del IPREM <sup>371</sup>) durante la percepción del subsidio se efectúa la correspondiente cotización a la Seguridad Social por tres contingencias: las dos primeras, comunes a todos los subsidios asistenciales (asistencia sanitaria y protección familiar) y, la tercera, específica para este subsidio (la jubilación). En cualquier caso, la base de cotización era equivalente a la base mínima de cotización (con independencia de cuál fuese la base de cotización que tenía el interesado, cuando desarrollaba la correspondiente actividad).

En este ámbito, el Acuerdo de 2006 se dirige a propiciar mayores cotizaciones durante la percepción del subsidio, con su efecto directo en la pensión de jubilación, propiciando el incremento de la base de cotización durante dicha situación. Para llevar al ordenamiento de la Seguridad Social las previsiones indicadas, el artículo 7 de la LMSS da nueva redacción al apartado 4 del artículo 218 de la LGSS, de modo que, a efectos de determinar la cotización en los supuestos señalados en los apartados anteriores, se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada

<sup>368</sup> Respecto de las demás pensiones, el subsidiado se encuentra en una situación de asimilación al alta.

<sup>369</sup> Respecto del subsidio de desempleo, *vid.*, AMO ANDRÉS, J.R. «Estudio de la prestación asistencial. El subsidio de desempleo». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. N.º 15. Julio 2000; COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C. *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*. Valladolid. 1997; CRESPO PÉREZ, M.A. «El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la acción protectora de la Seguridad Social». *Foro de la Seguridad Social* N.º 8-9. 2003; PURCALLA BONILLA, M.A. «La reforma del subsidio de desempleo». *La Ley*. N.º 5.608. 2002 o TOSCANI GIMÉNEZ, D. *El nivel asistencial de protección por desempleo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004

<sup>370</sup> En relación con la *atribución de las rentas* la misma ha de efectuarse de forma individual, computándose únicamente los rendimientos que se imputen de forma individualizada al solicitante, sin que se pueda proceder a dividirlos entre el número de los miembros de la familia.

<sup>371</sup> *Vid.*, el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del SMI y para el incremento de su cuantía, que estableció el IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples).

momento, no obstante, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación y el beneficiario sea mayor de 52 años, se tomará como base de cotización el 125 por 100 del tope mínimo de cotización que esté vigente en cada momento.

## 8.2. La prestación de riesgo durante el embarazo en el Régimen de Funcionarios.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre –y por aplicación de diferentes directivas comunitarias, en especial la Directiva 92/85–, estableció en el sistema de la Seguridad Social la prestación económica de riesgo durante el embarazo, en orden a sustituir los ingresos que una trabajadora embarazada dejaba de percibir como consecuencia de tener que suspender su trabajo o actividad, al no poder ser trasladada a otro puesto compatible con su estado, en los casos en que el anterior presentase un riesgo para la salud de la propia trabajadora o del feto. Esta prestación económica ha sido objeto de modificaciones en la reciente Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, modificaciones que, entre otros extremos <sup>372</sup>, afectan al porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar la cuantía de la prestación, que se sitúa en el 100 por 100, frente al 75 por 100 anterior.

Aunque la prestación de riesgo durante el embarazo se había extendido a los Regímenes de Funcionarios, no así la modificación operada por la Ley 3/2007. Por ello, el apartado tres de la disposición adicional 17 de la LMSS <sup>373</sup> adiciona un nuevo apartado 2 al artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de modo que la cuantía de la prestación de riesgo durante el embarazo pasa a ser igual al 100 por 100 de las retribuciones devengadas en el primer mes de licencia, cuantía que se aplica, de igual modo, a la prestación de riesgo durante la lactancia <sup>374</sup>.

## 8.3. El complemento de vivienda aplicable a los pensionistas no contributivos <sup>375</sup>.

La LPGE para 2007 <sup>376</sup> prevé que, en los términos que reglamentariamente se establezcan, los perceptores de las pensiones no contributivas que tengan una vivienda en alquiler recibirán un comple-

<sup>372</sup> Como son la supresión de la exigencia de período de carencia para acceder a la prestación y la consideración de la misma como prestación derivada de contingencia profesional, lo cual tiene también efectos en la determinación de la cuantía de la base reguladora de la prestación, más favorable que en la regulación anterior, cuando se consideraba como prestación derivada de contingencia común, así como en la gestión, ya que al tener el carácter de contingencia profesional, pasa a ser gestionada, de forma mayoritaria, por las Mutuas.

<sup>373</sup> La disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 123 presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 36).

<sup>374</sup> Conforme a lo establecido en el apartado 3 de la disposición final 3.<sup>a</sup> de la LMSS, la nueva cuantía de las prestaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, en el ámbito de la legislación del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado, surte efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>375</sup> Sobre las pensiones no contributivas, *vid.*, FARGAS FERNÁNDEZ, J. *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*. Aranzadi. Pamplona. 2002; MORGADO PANADERO, P. «Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ante la jurisprudencia». *Tribuna Social* N.º 164/165. Agosto/Septiembre. 2004; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de seguridad social en el ordenamiento español*. Laborum. Murcia. 1998 y SEMPERE NAVARRO, A. y BARRIOS BAUDOR, G.L. «Las pensiones no contributivas». Aranzadi. Navarra. 2001.

<sup>376</sup> A través de su artículo 41.2 el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) contempla el mantenimiento del complemento de vivienda en el ejercicio 2008, situando su importe en 357 euros.

mento de pensión, por un importe de 350 euros/año, con la finalidad de ayudar al pago de la renta del alquiler. En la misma dirección, la disposición adicional 28.<sup>a</sup> <sup>377</sup> prevé que por el Gobierno se proceda al establecimiento de un complemento de vivienda a favor de las personas perceptoras de las pensiones no contributivas. Las previsiones legales han sido desarrolladas por el Real Decreto 1400/2007, que supedita el reconocimiento de la prestación a los siguientes aspectos:

- a) Para ser beneficiario del complemento, se precisa tener reconocida una pensión no contributiva, carecer de vivienda en propiedad, ser arrendatario de una vivienda en la fecha de la solicitud en la que se tenga fijada la residencia habitual y no tener parentesco, hasta el tercer grado, con el arrendador de la vivienda. Si en la misma vivienda conviven dos o más personas que tengan derecho al complemento, se reconoce el mismo al que sea titular del arrendamiento y, de ser varios, al primero.
- b) A los efectos del complemento, se entiende cumplido el requisito de residencia cuando la vivienda arrendada sea el domicilio habitual del pensionista, por residir en la misma durante un período mínimo de 180 días al año, siempre que en dicho período haya sido perceptor de pensión no contributiva.
- c) La prestación consiste en un pago de 350 euros y habrá de incrementarse en los cinco próximos años, en orden a posibilitar que la renta disponible de los pensionistas no contributivos se sitúe en el importe del IPREM <sup>378</sup>.
- d) El complemento se abona en un solo pago, que se hará efectivo antes del 31 de diciembre de 2007 y ha de ser reconocido por el órgano que gestione las pensiones no contributivas.
- e) El complemento no se computa como renta o ingreso, a efectos del mantenimiento del derecho a la pensión no contributiva.

## 9. OTRAS MEDIDAS CONTENIDAS EN LA LMSS

### 9.1. El encuadramiento de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen del Mar.

El artículo 2 de la Ley reguladora de la Seguridad Social del Mar <sup>379</sup>, a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar como trabajador autónomo o por cuenta propia, se

<sup>377</sup> La disposición adicional 28.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 146 presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 36).

<sup>378</sup> En importes de 2007, la diferencia anual entre la cuantía del IPREM (5.990,40) y el importe conjunto de la pensión no contributiva más el complemento de vivienda (4.723,02) es de 1.255,38 euros.

<sup>379</sup> Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, aprobado por Decreto 2864/1974. En el mismo sentido, el artículo 2 del Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, aprobado por Decreto 1867/1970, de 9 de julio.

exige, además de llevar a cabo la actividad marítimo-pesquera de forma personal y directa, que la misma constituya el medio fundamental de vida, sin que se permitiese la realización de actividades complementarias no específicamente marítimo-pesqueros. En tal sentido, se establece la presunción en contrario de que los ingresos no constituyan el medio fundamental de vida, cuando el trabajador, su cónyuge o los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que con él convivan sean titulares de un negocio mercantil o industrial <sup>380</sup>.

Esta regulación «casaba mal» con la realidad actual, puesto que el parámetro básico para la inclusión en el Régimen del Mar, en calidad de trabajador autónomo, ha de consistir en que se lleve a cabo la correspondiente actividad de forma personal y directa, sin que el ejercicio de otra clase de trabajos deba desvirtuar la realización de trabajo como autónomo del mar y sin que se tenga que acudir en cada supuesto a valorar qué actividad debe considerarse la principal <sup>381</sup>.

Por ello, el Acuerdo de 2006 no se pronuncia por la incorporación del colectivo de trabajadores por cuenta propia que realiza actividades marítimas en el Régimen de Autónomos, a pesar de que esa integración también está recogida en las recomendaciones del Pacto de Toledo <sup>382</sup>, sino que únicamente contempla el supuesto de los trabajadores por cuenta propia que, además de llevar a cabo actividades marítimo-pesqueras, en virtud de las cuales han de quedar encuadradas en el Régimen del Mar, realizan otras de carácter complementario que ocasionan la inclusión en el Régimen de Autónomos y, consecuentemente, su exclusión del Régimen del Mar, dada la imposibilidad del encuadramiento simultáneo, proponiendo la adopción de las medidas normativas que posibiliten el mantenimiento de la afiliación/alta en el Régimen del Mar <sup>383</sup>.

Para ello, la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>384</sup> modifica el apartado b) del artículo 2 de la Ley de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (regulador del campo de aplicación

<sup>380</sup> El concepto de medio fundamental de vida, a efectos de la inclusión en el Régimen de Trabajadores del Mar fue objeto de aclaración por resolución de la entonces Dirección General de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1975, en la que se pone de relieve la dificultad existente para definir una actividad como suficientemente lucrativa, a los efectos de la inclusión en el mencionado Régimen de la Seguridad Social. A su vez, la Resolución de la extinguida Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 14 de febrero de 1995, dispuso que la calificación de la actividad marítimo-pesquera como medio fundamental de vida puede requerir la evaluación de la importancia económica que suponen los ingresos de ella derivados cuando concurra con la realización de otras actividades que no tengan este carácter. De ahí el carácter exclusivista aplicado para estar incluido en el Régimen Especial como trabajador autónomo o por cuenta propia, que impide la realización de ninguna otra actividad, salvo que la misma tenga un carácter meramente ocasional.

<sup>381</sup> Sobre la problemática planteada, *vid.*, ESTEBAN LEGARRETA, R. «Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes». *Aranzadi Social*. Octubre 2001 y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la inclusión de RÉTM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?». *Aranzadi Social*. N.º 16. Enero 2004.

<sup>382</sup> Recomendación 6.<sup>a</sup>, integración que habría de respetar en todo caso las peculiaridades existentes en este colectivo.

<sup>383</sup> Sobre el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, *vid.*, CARRIL VÁZQUEZ, X.M. *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*. Civitas. Madrid. 1999.

<sup>384</sup> Aunque la modificación del campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar –en orden a encuadrar en el mismo a los trabajadores por cuenta propia que, además de realizar actividades marítimo-pesqueras, llevasen a cabo otras actividades complementarias– era una cuestión recogida en el Acuerdo de 13 de julio de 2006, la disposición adicional 16.<sup>a</sup> no figuraba en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de la enmienda 45 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Bloque Nacionalista Galego). *Id.*, el Boletín indicado en la nota 36.

de dicho Régimen Especial) declarando comprendidos en el mismo a los trabajadores por cuenta propia o autónomos (armadores de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas; quienes se dediquen a la extracción de productos del mar y los rederos que no realicen sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada) que realicen de forma habitual, personal y directa, alguna de tales actividades, siempre que la misma constituya su medio fundamental de vida y concurren las demás circunstancias que reglamentariamente se determinen respecto de cada una de dichas actividades.

En todo caso, se presume que las actividades indicadas constituyen su medio fundamental de vida, a efectos de la inclusión en el Régimen Especial, siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

## **9.2. La incidencia en los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra: un nuevo ejemplo de coordinación y cómputo de cotizaciones entre Regímenes de protección social.**

En el año 1960, a través de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, se creó la Mutualidad Nacional de la Administración Local (MUNPAL), para la organización y gestión de los mecanismos de protección social en favor del personal de la Administración Local; sin embargo, y a tenor de la disposición adicional 3.ª de dicha Ley, el régimen de la MUNPAL no se aplicó a las Corporaciones y Entidades Locales de Navarra, cuyo personal seguía quedando sujeto a su régimen peculiar. De acuerdo con dicha exclusión, el personal funcionario de la entonces Diputación de Navarra y de ciertos municipios de Navarra (por ejemplo, Pamplona, Estella o Tafalla) continuaron recibiendo la cobertura social (la que al resto del personal de la Administración Local se dispensaba a través de la MUNPAL) a través de sus propios Montepíos y Cajas de Jubilaciones que se constituyeron, de este modo, en mecanismos exceptuados o sustitutorios de la propia MUNPAL.

Como consecuencia de esta singularidad, cuando, a través del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril (dictado en cumplimiento de las previsiones contenidas en la respectiva disp. trans. 3.ª de las Leyes 31/1991, de 30 de diciembre, y 39/1992, de 29 de diciembre) se procedió a integrar en el Régimen General de la Seguridad Social al mencionado Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local, dicha integración no afectó en modo alguno a los funcionarios del territorio navarro, que han continuado amparados por sus Montepíos específicos.

La falta de integración de los mecanismos de protección social del personal que prestaba servicios en las Administraciones Públicas de la Comunidad de Navarra planteaba el problema de las cotizaciones de personas que, teniendo cotizaciones en el Régimen General, pasaban luego a prestar servicios en las Administraciones navarras (o viceversa) con lo que tales cotizaciones no tenían efecto, salvo que por sí misma y dieran derecho a acceder a las prestaciones de los correspondientes regímenes; pero, incluso en tales supuestos, la cuantía de la prestación podía quedar minorada, al no existir el cómputo



recíproco de cotizaciones. Ello dio lugar a iniciativas del Defensor del Pueblo <sup>385</sup>, mediante las que se solicitaba de la Administración la posibilidad de que se estableciera el cómputo recíproco de cuotas entre los mecanismos de previsión social de la Comunidad Foral de Navarra y la Seguridad Social.

Para solucionar este problema, la Ley 50/1998 ordenó la integración del personal indicado, a través de unos mecanismos semejantes a los utilizados para la incorporación en el Régimen General del Personal Activo y Pasivo que venía recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la MUNPAL, es decir, diferir a norma reglamentaria las condiciones y los requisitos en que procediese la integración mencionada, produciéndose de esta forma una deslegalización en favor del Gobierno, integración que debía producirse antes del 1 de julio de 1999, sin que las disposiciones reglamentarias aludidas fueran aprobadas.

Esta falta de cómputo recíproco de cotizaciones fue resuelta parcialmente, desde la Administración de la Comunidad de Navarra <sup>386</sup> admitiendo las cotizaciones acreditadas en los distintos regímenes de la Seguridad Social, en orden a la determinación de la cuantía de las correspondientes pensiones en los respectivos Montepíos, pero sin que se hubiese adoptado, en la normativa estatal, una medida similar, es decir, considerando válidas las cotizaciones a tales Montepíos en orden al acceso o a la determinación de la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social.

Para acabar con dicha problemática, la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de la LMSS <sup>387</sup> aborda el cómputo, por parte del sistema de la Seguridad Social, de los períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, con los siguientes efectos:

- a) El cómputo de los períodos señalados surte efectos para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social, siempre que tales períodos no se superpongan a otros cotizados en el citado sistema, tanto para acreditar los períodos de carencia exigidos para la adquisición del derecho a pensión, como para determinar el porcentaje por años de cotización para el cálculo de la misma. Ahora bien, dicho cómputo se ha de realizar solamente en tanto en cuanto por la Comunidad de Navarra se proceda en igual sentido en relación con los períodos de cotización acreditados en el sistema de la Seguridad Social <sup>388</sup>.
- b) Si tales períodos de cómputo han de tomarse a efectos de la determinación de la base reguladora de la correspondiente pensión, se parte de las retribuciones reales de los trabajadores en esos períodos, aplicando las normas de cotización vigentes en cada momento en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>385</sup> *Vid.*, al respecto, los Informes del Defensor del Pueblo correspondiente a los ejercicios 1993 y 1994 (queja n.º 9313277).

<sup>386</sup> A través de la Ley Foral 13/1993, de 30 de diciembre, en las sucesivas Leyes Forales de Presupuestos Generales de Navarra y en el artículo 30 de la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra.

<sup>387</sup> La disposición adicional 14.<sup>a</sup> no figuraba en el Proyecto de Ley y es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de la enmienda 175 presentada por el Grupo Parlamentario Popular (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 36).

<sup>388</sup> En aplicación de lo previsto al respecto, a partir de la Ley Foral 13/1993, de 30 de diciembre, en las sucesivas Leyes Forales de Presupuestos Generales de Navarra y en el artículo 30 de la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra.

- c) En ningún caso se computan los períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones de Navarra si con tales períodos, acumulados en su caso a otros, se ha reconocido derecho a pensión en tales Montepíos.
- d) El cómputo de períodos se aplica con carácter retroactivo, siendo revisables, a instancia de parte, los expedientes que en su día fueron resueltos por la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social, aunque los efectos económicos de dichas revisiones solo se producen a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha de la correspondiente solicitud.
- e) Por último, el cómputo de cotizaciones no alcanza a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas ni al del personal al servicio de la Administración de Justicia.

### 9.3. La relación laboral y de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos.

Los artistas en espectáculos públicos mantienen, respecto de los organizadores de los mismos, una relación laboral de carácter especial, regulada por el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, en el que se recogen los derechos y deberes de estos trabajadores, así como de las personas, físicas o jurídicas, para las que prestan servicios. De igual modo, en el ámbito de la Seguridad Social, si bien en un primer momento estos profesionales estuvieron vinculados a través de un Régimen Especial <sup>389</sup>, con efectos de 1 de enero de 1987 fueron integrados en el Régimen General <sup>390</sup>.

No obstante, tras la publicación de la regulación socio-laboral señalada, se han venido produciendo variaciones en la forma de prestación de los servicios correspondientes, así como un debilitamiento de los ámbitos de relación laboral, al tiempo que una mayor presencia de las actividades desarrolladas en régimen de independencia. Asimismo, se ha venido poniendo de relieve que los mecanismos aplicables a la Seguridad Social, tanto en lo que respecta a los trámites burocráticos del encuadramiento o afiliación, altas y bajas, así como, sobre todo, en el ámbito de la cotización <sup>391</sup>, no se adaptaban a la realidad actual, por lo que se venía demandando su actualización.

A tal finalidad, responde el contenido de la disposición adicional 15.<sup>a</sup> de la LMSS, a través de la cual se mandata al Gobierno para que, en el plazo de un año <sup>392</sup>, proceda a la actualización de las

<sup>389</sup> Régimen Especial de la Seguridad Social de los Artistas, regulado por el Decreto 2133/1975, de 24 de julio.

<sup>390</sup> A través del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por las Órdenes del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 20 de julio y 30 de noviembre, ambas de 1987. Tanto el Real Decreto 2621/1986 como la Orden de 20 de julio de 1987 han resultado modificados por los Reglamentos Generales dictados con posterioridad a la promulgación de aquellos y, en especial, los correspondientes a la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores en el sistema de la Seguridad Social (aprobado por RD 84/1996), de cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social (aprobado por RD 2065/1995, de 22 de diciembre) o de recaudación (aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio) todos ellos aplicables a los mecanismos de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos.

<sup>391</sup> A través de un sistema de «cotización a cuenta» regularizable, al menos en la teoría, en los primeros meses del ejercicio siguiente.

<sup>392</sup> Plazo que finaliza el día 31 de diciembre de 2008.

normas que regulan la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos y del Régimen de Seguridad Social aplicable a los mismos, a fin de facilitar la generación de carreras de cotización con la menor intermitencia posible y de adecuar dichas normas a las nuevas modalidades de prestación de servicios.

#### 9.4. La protección social de los investigadores.

El Real Decreto 326/2003, de 24 de octubre, atendiendo una carencia en la cobertura protectora de un colectivo significativo, como es el personal becario e investigador, aprobó el denominado «Estatuto del Becario», con la finalidad de establecer un régimen protector *ad hoc* aplicable a este colectivo, pero sin que el mismo modificase la naturaleza jurídica que une al becario con la Administración Pública correspondiente, puesto que la aprobación del Estatuto del Becario, por la naturaleza formativa de su relación, no convierte a los becarios en trabajadores por cuenta ajena sujetos al ET o al resto de la normativa laboral.

La disposición anterior fue modificada por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, que aprobó el nuevo Estatuto del Personal Investigador, diferenciando entre los becarios en formación (los dos primeros años) a los que, a efectos de Seguridad Social, se les asimila a trabajadores por cuenta ajena<sup>393</sup> y a los becarios e investigadores (los dos años siguientes) a los que se califica como trabajadores, sin mayores adjetivos, manteniendo una relación laboral con los Organismos y entidades de quienes dependan, y con las obligaciones y derechos propios de esa relación laboral.

A pesar de la mejora de protección derivada del Estatuto del Investigador su aplicación ha puesto de manifiesto varias cuestiones problemáticas, entre las que se encuentran:

- a) Los becarios que se desplazan al extranjero para la realización de su actividad, máxime cuando en los países de desarrollo de la investigación no existe la obligación o posibilidad de incorporación a la Seguridad Social.
- b) Los titulares de becas asociados a proyectos de investigación tecnológico, respecto de los cuales resulta compleja su inclusión en el ámbito del Estatuto del Personal Investigador.
- c) Por último, los costes asociados a la cotización a la Seguridad Social de los becarios e investigadores, lo que podía retraer la contratación de los mismos, por parte de las entidades y Organismos de las que dependen<sup>394</sup>.

Para dar solución a esta problemática, la disposición adicional 21.<sup>a</sup> de la LMSS<sup>395</sup> mandaba a dos Órganos de la Administración General del Estado (las Secretarías de Estados de Universidades

<sup>393</sup> Lo que implica, entre otros aspectos, la ausencia de protección por desempleo (así como de la correlativa obligación de cotizar por esa contingencia).

<sup>394</sup> Y ello, a pesar de la bonificación del 30 por 100 de las cotizaciones empresariales aplicables a la cotización de los becarios.

<sup>395</sup> La disposición adicional 21.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre la enmienda 46 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes. *Vid.*, el

e Investigación y de la Seguridad Social) para que en un plazo preteritorio –antes del 31 de diciembre de 2007<sup>396</sup>– lleven a cabo una evaluación de la aplicación del Estatuto del Becario, en lo que se refiere al régimen de protección social del personal investigador y becario, así como que se adopten las medidas necesarias para posibilitar la incorporación a los sectores de los colectivos que hayan mostrado mayores dificultades, como los becarios en el extranjero y los titulares de becas asociadas a proyectos de investigación y becas de tipo tecnológico<sup>397</sup>.

### 9.5. Trabajadores de agencias de aduanas afectados por la incorporación de España al Mercado Único Europeo.

La entrada en vigor del Mercado Único Europeo<sup>398</sup> ha llevado aparejados un buen cúmulo de beneficios económicos, sociales y personales, a través del libre tránsito de personal, de servicios, capitales y mercancías. No obstante, la supresión de las fronteras ocasionó, a su vez, la desaparición de las aduanas nacionales intracomunitarias, afectando también a colectivos que prestaban servicios en las mismas, los cuales podían tener un estatus funcional (que implicaría su traslado a otros puestos de trabajo) o sujetos a relación laboral, algunos de los cuales pudieron perder su actividad y, con ello, su relación para con la Seguridad Social. Como consecuencia de ello, ya en 1993<sup>399</sup> se arbitraron diferentes fórmulas que tuvieron como finalidad remediar en parte las consecuencias de la supresión de las aduanas nacionales, a través de diferentes subvenciones y ayudas<sup>400</sup>.

A remediar en parte esta situación –al menos en lo que respecta a la Seguridad Social– se dirige la disposición adicional 26.<sup>a</sup> de la LMSS<sup>401</sup>, mediante la que se prevé que los trabajadores de agencias de aduanas que, como consecuencia de la entrada del Régimen de Mercado Único Europeo, perdieron sus puestos de trabajo, puedan incorporarse a un convenio especial con la Seguridad Social,

Boletín indicado en la nota 36.

<sup>396</sup> No deja de ser curioso que el plazo para la evaluación en la aplicación del Estatuto del Becario, en lo que se refiere a la protección social del personal investigador haya de llevarse a cabo antes del 31 de diciembre de 2007, es decir, con antelación a la entrada en vigor de la LMSS (que se produce el 1 de enero de 2008).

<sup>397</sup> Asimismo, el artículo 122.Doce del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados) modifica los mecanismos de cotización del personal investigador en beca de formación, aplicando a los mismos las reglas de cotización de los trabajadores con contratos en formación.

<sup>398</sup> Con fecha de 1 de enero de 1992.

<sup>399</sup> A través de la Orden del entonces Ministerio de Relaciones con las Cortes y del Secretariado del Gobierno, de 8 de julio de 1993 (BOE de 9 de julio).

<sup>400</sup> Eran beneficiarios de las ayudas los trabajadores de las Agencias de Aduanas que hubiesen perdido o perdiesen su empleo, como consecuencia de un expediente de regulación de empleo o de jubilación de su empresario (agente de aduanas) siempre que hubiesen tenido en vigor un contrato indefinido en fecha 1 de enero de 1992 y hubiesen seguido prestando servicios hasta el momento en que, como consecuencia de la pérdida de actividad ocasionada por causa de la entrada en funcionamiento del Mercado Único, se hubiesen rescindido los contratos.

Las ayudas eran equivalentes a 1/3 del importe total correspondiente a 40 días de salario por año de servicio, con un límite máximo de 24 mensualidades y un tope cuantitativo individual de 10.000.000 de pesetas (60.101,21 euros). Si la extinción del contrato de trabajo fue debida a la jubilación del empresario, la cuantía máxima de la subvención era de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 euros).

<sup>401</sup> La disposición adicional 26.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de la enmienda 77 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes). *Id.*, el Boletín indicado en la nota 36.

con objeto de tener garantizado que, al llegar a los 65 años, tengan derecho a una pensión equivalente a la que hubieran percibido de continuar en activo.

### 9.6. La protección social de los sacerdotes, religiosos y religiosas de la Iglesia Católica secularizados.

Mediante Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, se reguló la Seguridad Social del Clero, estableciendo su artículo 1 que los clérigos de la Iglesia Católica quedaban incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinasen, condiciones que fueron reguladas mediante Orden del entonces Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, de 19 de diciembre de 1977, precisando, entre otros extremos, que la incorporación de tal colectivo se produciría con efectos de 1 de enero de 1978. Asimismo, y en lo que respecta a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, el Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, procedió a la incorporación de los mismos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con efectos de 1 de mayo de 1982 <sup>402</sup>, sin que en ninguno de los supuestos se reconociesen períodos de actividad sacerdotal religiosa, desarrollados con anterioridad a la respectiva integración.

Tras la entrada en vigor de tales disposiciones reglamentarias, el colectivo de las personas que, ostentando en su momento la condición de sacerdotes o religiosos, se habían secularizado <sup>403</sup> iniciaron una serie de reclamaciones en orden a que, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, les fueran reconocidos los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa acreditados con carácter previo a la incorporación del colectivo respectivo en la Seguridad Social <sup>404</sup>. Estas reclamaciones tuvieron su eco en el contenido de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social <sup>405</sup>, mediante la cual se habilitaba al Gobierno para aprobar las disposiciones normativas que fuesen necesarias a los efectos de computar, para los religiosos y sacerdotes secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por falta de inclusión del colectivo respectivo en el sistema de la Seguridad Social, con objeto de que se les reconociese el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tuvieran reconocida.

<sup>402</sup> Sobre los aspectos laborales derivados del Acuerdo de 1979 entre la Iglesia Católica y el Estado español, *vid.*, MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. «Algunas consideraciones en relación al acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede». *Poder Judicial*. N.º 56. 1998.

<sup>403</sup> La secularización de sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica fue intensa en el período 1965-1980.

<sup>404</sup> Con frecuencia la secularización se producía a una edad madura, por lo que con las actividades que se desarrollaban con posterioridad a las mismas podían no alcanzarse períodos de cotización que permitiesen el acceso a las pensiones –en especial, a la pensión de jubilación– y de producirse el acceso, la cuantía de la prestación era reducida (precisamente, en función de los cortos períodos de cotización).

<sup>405</sup> Un análisis de la misma, en relación con las medidas de Seguridad Social contenidas en ella, en PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. «Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social». *Relaciones Laborales*. N.º 4. Febrero 1997.

Las disposiciones de desarrollo de las previsiones legales mencionadas están contenidas en dos Reales Decretos <sup>406</sup>, a través de los cuales se procede a la mejora de la pensión de jubilación reconocida o a reconocer, mediante la consideración, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa <sup>407</sup>, si bien esa mejora quedó condicionada al abono, por parte de los interesados, del capital coste de dicha pensión, abono que podía efectuarse en un período de 180 meses y mediante el descuento de la correspondiente cantidad del pago de la pensión.

No obstante, como consecuencia de la cuantía de la fracción del capital coste a abonar por los interesados, los mismos podían recibir una pensión reducida, en importe igual a la pensión no contributiva <sup>408</sup>. Para evitar este efecto, la disposición final 3.<sup>a</sup> del Real Decreto 1335/2005, de 11 de diciembre, regulador de las prestaciones familiares del sistema de la Seguridad Social <sup>409</sup>, incorpora nuevas reglas con objeto de minorar el efecto del mencionado descuento <sup>410</sup>.

<sup>406</sup> Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados, complementado por el Real Decreto 2665/1998, de 11 de diciembre. La Resolución de 16 de febrero de 2000, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, dicta criterios, en aplicación de las disposiciones reglamentarias anteriores, sobre encuadramiento y acción protectora del Sistema de Seguridad Social en relación con los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica. En el ámbito del Régimen de Clases Pasivas, el reconocimiento de los años cotizados por los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados se regula en el Real Decreto 432/2000, de 31 de marzo.

<sup>407</sup> Las instrucciones internas (Circular 4/1999, de 28 de mayo, INSS) limitaron el período a reconocer, en los casos de los religiosos, a la fecha de 1 de enero de 1962, argumentando que, con anterioridad a dicha fecha, no existían los mecanismos de cobertura social de los Autónomos, en cuyo Régimen habían quedado incorporados los mencionados religiosos. El criterio del INSS dio lugar a pronunciamientos diferentes de las instancias judiciales del orden social, que finalizaron en la unificación de doctrina, a través de la que el TS acogió la posición de la Gestora, de modo que los períodos de profesión religiosa, a favor de los religiosos secularizados, no pueden ir más allá del 1 de enero de 1962 (*Vid.*, las tres sentencias de la Sala General, de 28 de febrero de 2001, cuyos criterios han seguido más de 50 sentencias posteriores). Posteriormente, la Sala 1.<sup>a</sup> del TC, en su Sentencia 88/2005, de 18 de abril, ha desestimado el recurso de amparo presentado por una religiosa de la Iglesia Católica, contra la Sentencia de 28 de febrero de 2001, dictada por el TS, en recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSS, contra la Sentencia del TSJ de Navarra, de 27 de diciembre de 1999. Para el TC no existe un violación del principio de igualdad por el hecho de que se limite el período de reconocimiento, como años cotizados a la Seguridad Social, la fecha de creación de la primera Mutualidad de Autónomos (1 de mayo de 1962) –por más que esta correspondiera a los trabajadores por cuenta propia de la alimentación–. Un análisis de la STC 88/2005 en GRACIA ALEGRÍA, G. «Análisis de la regulación del colectivo de religiosos y sacerdotes secularizados en relación con la reciente Sentencia 88/2005 del Tribunal Constitucional». *Tribuna Social*. N.º 1176/177. Agosto/Septiembre 2005.

<sup>408</sup> Es un criterio consolidado, deducido de la doctrina del TS, que la garantía del importe del salario mínimo no es aplicable a las deducciones de las prestaciones de la Seguridad Social, que sean consecuencia del reintegro de las prestaciones indebidas o como consecuencia del pago de otras deudas contraídas con la Gestora [*Vid.*, entre otras, las SSTs de 14 de octubre de 1998 (3) y de 15 de octubre del mismo año, cuyos criterios han sido continuados por múltiples sentencias anteriores]. Sin embargo, y a fin de establecer una garantía mínima de la pensión a percibir por el pensionista, en los casos en que sobre la pensión han de practicarse los correspondientes descuentos, a fin de que se cancelen los importes de las prestaciones indebidamente percibidas, el artículo 4.1 d) del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas (en la modificación introducida por el RD 1506/2000, de 1 de septiembre) ha establecido que, en ningún supuesto, la pensión puede minorarse por debajo del importe que, en cada momento, esté establecida para la pensión no contributiva.

<sup>409</sup> Mediante la adición de un nuevo apartado 5 en el Real Decreto 487/1998.

<sup>410</sup> En los casos de personas titulares de pensiones causadas únicamente al amparo del Real Decreto 487/1998 (es decir, personas que, al margen de los períodos de ejercicio sacerdotal o religioso, no acreditasen 15 años de cotización) que reúnan los requisitos para percibir los complementos a pensiones mínimas y hubiesen optado por el abono del capital coste, mediante su fraccionamiento en pagos mensuales de cada mensualidad de pensión, la pensión *minorada* no puede ser inferior al 95 por 100 de la cuantía de la pensión mínima de que se trate. A tal fin, la cantidad mensual de la pensión para el abono del capital coste es la diferencia entre la cuantía de la pensión y el importe garantizado, aplicándose la deducción

La LMSS, a través de la disposición adicional 23.<sup>a</sup> 411, da un paso más allá ordenando al Gobierno para que presente en el Congreso de los Diputados, dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley 412, un informe sobre medidas a adoptar en relación con los sacerdotes, religiosos y religiosas de la Iglesia Católica secularizados que posibilite la mejora de los mecanismos de financiación del incremento de la pensión de jubilación, reconocido al amparo de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 13/1996 413.

## 9.7. La incidencia de la LMSS en el ámbito de la legislación de la protección de la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y dentro del ámbito de las medidas relacionadas con la Seguridad Social 414, previó—

a las mensualidades ordinarias de la pensión, durante el tiempo necesario para la total amortización de la deuda; una vez determinado el importe de la deducción, la misma permanece invariable, sin que resulte modificada por los incrementos de la pensión por causa de revalorizaciones o, en su caso, por el reconocimiento de una pensión derivada (es decir, de viudedad o en favor de familiares).

411 La disposición adicional 23.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una enmienda de transacción sobre las enmiendas 76 (presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes) y 121 (presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió). *Id.*, el Boletín indicado en la nota 36.

412 Es decir, antes del 1 de abril de 2008.

413 Los compromisos adquiridos por el Gobierno en la LMSS y el plazo para su cumplimiento, son en síntesis los siguientes:

- Homogeneizar la normativa reguladora de la protección de los trabajadores afectados por una enfermedad profesional: un año (disp. adic. 6.<sup>a</sup>).
- Presentación de un estudio sobre la jubilación parcial y anticipada de los empleados públicos: un año (disp. adic. 7.<sup>a</sup>).
- Presentación de un Proyecto de Ley sobre la prolongación en la permanencia del sector activo y aplicación de los mecanismos de jubilación diferida en el Régimen de Clases Pasivas: sin plazo (disp. adic. 8.<sup>a</sup>).
- Presentación a las Cortes de un estudio sobre la situación de las diferentes posibilidades de mejora de la protección de las familias de las personas en situación de discapacidad: un año (disp. adic. 11.<sup>a</sup>).
- Actualización de las normas sociolaborales aplicables a los artistas en espectáculos públicos: un año (disp. adic. 15.<sup>a</sup>).
- Realización de un informe sobre evaluación y estrategia del sistema de pensiones y su envío a las Cortes Generales: dentro del primer cuatrimestre de cada ejercicio (disp. adic. 18.<sup>a</sup>).
- Evaluación conjunta de la aplicación del Real Decreto 63/2006 en lo referente a la protección social de los investigadores: antes del 31 de diciembre de 2007 (disp. adic. 21.<sup>a</sup>).
- Presentación ante la Comisión de Seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo, del Congreso de los Diputados, de un informe sobre medidas a llevar a cabo en relación con la edad de los bomberos: sin plazo (disp. adic. 22.<sup>a</sup>).
- Realización de un informe (y su envío al Congreso de los Diputados) sobre medidas a adoptar en relación con los sacerdotes y religiosos/as de la Iglesia Católica, antes del 1 de abril de 2008 (disp. adic. 23.<sup>a</sup>).

414 Un análisis de las medidas sociolaborales contenidas en la Ley Orgánica 1/2004 en GALA DURÁN, C. «Violencia de género y Derecho del Trabajo. Una aproximación a las diversas medidas». *Relaciones Laborales*. N.º 10. Mayo 2005; GARCIA NINET, J.I. «Medidas en materia de Seguridad social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Tribuna Social*. N.º 170 y 171. Febrero y marzo 2005; MOLINA NAVARRETE, C. «Las dimensiones sociolaborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N.º 264. CEF. Marzo 2005 o PUEBLA PINILLA, A. «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Relaciones Laborales*. N.º 6. Marzo 2005.

disp. adic. 1.<sup>a</sup>— que quien fuese condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio o lesiones contra su cónyuge o excónyuge pierde la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del sistema público de pensiones —causada por aquella— que pudiera corresponderle salvo que, antes del fallecimiento del causante, hubiese mediado reconciliación entre ellos <sup>415</sup>.

De igual modo, y en lo que se refiere a las pensiones de orfandad, la persona que hubiese sido condenada por la comisión de un delito de asesinato doloso, de homicidio o de lesiones contra su cónyuge o excónyuge (o persona con la que hubiese estado ligada por una relación de afectividad análoga a la conyugal) no puede percibir la pensión por orfandad que correspondiese a sus hijos menores, salvo que hubiesen mediado reconciliación entre ellos.

La LMSS —a través de la disp. adic. 30.<sup>a</sup> <sup>416</sup>— modifica el alcance de la regulación anterior en dos aspectos:

- a) De una parte, la extensión en el acceso a la pensión de viudedad, desde la situación de convivencia de hecho, obliga a adaptar <sup>417</sup> la regulación anterior, de modo que la imposibilidad de percibir la pensión de viudedad, por parte de quien sea condenado como autor de un delito de homicidio o lesiones de la causante de la pensión, no se limita a los supuestos de matrimonio, sino que se amplía a las uniones de convivencia de hecho.
- b) De otra parte, la nueva regulación completa una laguna existente en la legislación anterior sobre si, ante la ausencia de pensión de viudedad (por no poder acceder a la misma el autor del delito de violencia de género) se acrecentaba la pensión de orfandad en los términos indicados en el apartado 6.4. El vacío legal anterior se completa de forma expresa, al regularse que, en los casos descritos, el importe de la pensión de viudedad que hubiera debido percibirse —caso de no existir la limitación legal— incrementará las pensiones de orfandad que se causen <sup>418</sup>.

<sup>415</sup> De esta forma, se amplía una de las causas que impiden el acceso a la pensión de viudedad, cual era que el beneficiario de la misma hubiese sido condenado como culpable en la muerte del causante, causa que se extiende a cualquier sentencia de condena de lesiones (salvo que, con posterioridad a la condena, hubiese mediado reconciliación).

<sup>416</sup> La disposición adicional 30.<sup>a</sup> de la LMSS es el resultado de la aprobación en el Senado de la enmienda 93 presentada por el Grupo Parlamentario Popular. (*vid.*, el Boletín indicado en la nota 51).

<sup>417</sup> La disposición adicional 30.<sup>a</sup> de la LMSS de nueva redacción al apartado 1 de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/2004.

<sup>418</sup> Siempre que ese acrecimiento existiese en el Régimen en que se causa la pensión. Por ejemplo, en el Régimen de Clases Pasivas no existe dicha regulación.



Cuadro de modificaciones incorporadas en la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social y en la Ley de la deducción fiscal/prestación no contributiva respecto de la regulación anterior		
Materia	Legislación anterior	Nueva legislación
<p><b>Incapacidad temporal</b></p> <p><i>Actuaciones de la entidad cuando el proceso de IT agota los 12 meses de duración [art. 128.1 a) LGSS].</i></p>	<p>El INSS es la única entidad competente para mantener la prestación, proponer la incapacidad permanente o dar el alta.</p> <p>Producida el alta médica, solo el INSS puede dar una nueva baja en los 6 meses siguientes.</p> <p>La actuación del INSS produce efectos exclusivos respecto de la prestación de Seguridad Social, sin afectar a los ámbitos laborales de la situación de IT.</p>	<p>El INSS es la única entidad competente para mantener la prestación, proponer la incapacidad permanente o dar el alta, si bien todo ello con efectos exclusivos respecto de la prestación de Seguridad Social.</p> <p>Si el trabajador no está conforme puede acudir en los cuatro días siguientes, al Servicio de Salud respectivo, el cual, en el plazo de siete días, puede proponer el mantenimiento de la baja. Ante la discrepancia, el INSS puede reconsiderar su posición, manteniendo la IT o, en caso contrario, reafirmar la misma. En tanto no se produce la decisión final del INSS se mantiene la situación de IT.</p> <p>Producida el alta médica, solo el INSS puede dar una nueva baja en los seis meses siguientes.</p> <p>En todo caso, la actuación del INSS afecta a todos los efectos sociolaborales de la IT.</p>
<p><i>Agotamiento de la IT por transcurso del plazo máximo de 18 meses (art. 131 bis.2 LGSS).</i></p>	<p>Si la situación clínica del trabajador aconseja la demora en la calificación, se reconoce una prestación de incapacidad, en el grado que corresponda, de carácter provisional y por una duración máxima de seis meses, transcurrido el cual se ha de calificar la situación incapacitante del trabajador.</p>	<p>Si la situación clínica del trabajador, aconseja retrasar la calificación, se demora la misma por un período máximo de seis meses. Entretanto, al interesado se ve prorrogan los efectos de la IT.</p>
<p><b>Incapacidad permanente</b></p> <p><i>Período mínimo de cotización de los menores de 31 años en incapacidad permanente derivada de enfermedad común (art. 138.2 LGSS).</i></p>	<p>Para los menores de 26 años, ½ del tiempo transcurrido desde el cumplimiento de los 16 años hasta la fecha de la incapacidad.</p> <p>Para los mayores de 26 años, ¼ del tiempo transcurrido desde el cumplimiento de los 20 años y la fecha del hecho causante, con un mínimo en todo caso de 5 años.</p>	<p>Para los menores de 31 años, ⅓ del tiempo transcurrido desde la fecha del cumplimiento de los 16 años y la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente.</p> <p>Para los trabajadores con 31 o más años, se mantiene la regulación anterior.</p>
.../...		

.../...		
<p><i>Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común (art. 140.1 y 3 y disp. trans. 16.ª LGSS).</i></p>	<p>Promedio de las bases de cotización de las 96 mensualidades anteriores al hecho causante, de las que las 72 más alejadas de dicha fecha se actualizan, conforme a la evolución del IPC.</p>	<p>Promedio de las bases de cotización de las 96 mensualidades anteriores al hecho causante, de las que las 72 más alejadas de dicha fecha se actualizan, conforme a la evolución del IPC. El resultado se multiplica por el porcentaje de la escala aplicado para la pensión de jubilación, en función de los años cotizados. A tal efecto, a los años realmente cotizados se le suman los que le faltasen al trabajador desde la fecha del hecho causante de la incapacidad para cumplir los 65 años. Si la pensión reconocida es del grado de incapacidad permanente total, se le reconoce un importe mínimo equivalente al 55% de la base mínima de cotización.</p>
<p><i>Determinación del importe del complemento de invalidez por ayuda de tercera persona (art. 139.4 LGSS).</i></p>	<p>Equivalente al 50% del importe de la pensión de incapacidad permanente.</p>	<p>Es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización y el 30% de la última base de cotización del trabajador. En cualquier caso, se garantiza el 45% de la pensión.</p>
<p><b>Jubilación</b> <i>Período mínimo de acceso a la pensión de jubilación [art. 161.1 b) y disp. trans. 4.ª LGSS].</i></p>	<p>15 años, si bien se tienen en cuenta los «días cuota».</p>	<p>15 años, suprimiéndose de forma expresa los «días cuota». La supresión se produce en un período paulatino de seis años, ampliándose el período transitorio en el caso de los trabajadores a tiempo parcial.</p>
<p><i>Jubilación anticipada por trabajos penosos, peligrosos y tóxicos (art. 161 bis.1 y disp. adic. 45.ª LGSS)</i></p>	<p>El Gobierno puede reducir la edad de jubilación cuando los trabajadores realizan trabajos peligrosos, penosos y tóxicos. Esta facultad se extiende a los trabajadores con una discapacidad igual o superior al 65%.  La edad reducida surte efectos para el acceso a la jubilación parcial, la jubilación a los 64 años o en los casos de mejora de la pensión cuando se prolonga la actividad más allá de los 65 años.</p>	<p>El Gobierno puede reducir la edad en los supuestos indicados, si bien aplicando un procedimiento reglado, en el que quede reflejada la existencia de alta siniestralidad e incapacidad, la ausencia de posibilidad de traslado o a otra actividad y el establecimiento de los ajustes financieros. La reducción de la edad, aparte de los discapacitados con un grado igual o superior al 65%, a quienes tengan una discapacidad igual o superior al 45%, en supuestos de determinadas discapacidades. La edad reducida <u>no surte efectos</u> para el acceso a la jubilación parcial, la jubilación a los 64 años o, en los casos de mejora de la pensión, cuando se prolonga la actividad más allá de los 65 años.</p>
.../...		

<p>.../...</p> <p><i>Jubilación anticipada con minoración de la cuantía de la pensión (art. 161 bis.2 LGSS).</i></p>	<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Acreditación de 61 años (60 en los <i>mutualistas</i>).</li> <li>• Acreditar 30 años de cotización (15 en el caso de los <i>mutualistas</i>).</li> <li>• Inscripción como demandante de empleo de, al menos seis meses en la oficina de empleo (no se exige en el caso de los <i>mutualistas</i>).</li> <li>• Cese involuntario en la actividad (no se exige respecto de los trabajadores <i>mutualistas</i>). No es necesario este requisito cuando la empresa, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, abone al trabajador una determinada cuantía (equivalente a la prestación de desempleo –incorporada la cotización a la Seguridad Social– durante dos años).</li> </ul> <p>La cuantía de la pensión se reduce en función de un coeficiente, cuya cuantía está en función de los años de cotización acreditados.</p>	<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ídem.</li> <li>• Para la determinación de los 30 años, se considera cotizado el período de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria.</li> <li>• Ídem.</li> <li>• Ídem. Regulación anterior con las siguientes particularidades:             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se considera involuntario el cese producido en el marco de un ERG.</li> <li>- En los casos de cese voluntario, la obligación de la empresa puede adquirirse no solo a través de la negociación colectiva, sino mediante acuerdo individual.</li> </ul> </li> </ul> <p>El cómputo de las cantidades a satisfacer por el empresario se efectúa en cómputo global (no en cómputo anual como en la regulación anterior).</p> <p>La misma regulación, salvo en el supuesto de acreditación de 30 años de cotización, el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión de jubilación pasa a ser el 7,5 % (en vez del 8%).</p>
<p><i>Jubilación anticipada con minoración de la cuantía de la pensión: jubilados anteriores al 1 de enero de 2002 (disp. adic. 4.ª LMSS).</i></p>	<p>Los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, en caso de jubilación anticipada, por la Ley 35/2002, no se aplican a las jubilaciones anticipadas antes del 1 de enero de 2002.</p>	<p>Manteniendo el criterio anterior, la disposición adicional 4.ª de la LMSS mejora el importe de la pensión reconocida a jubilados anticipados antes del 1 de enero de 2002 (con un complemento de pensión –variable en función de edad de acceso a la pensión– que se integra en esta y que, por tanto, es objeto de revalorización).</p>
<p><b>Jubilación parcial</b> <i>(art. 166 y disp. trans. 17.ª LGSS y 12.6 y 7 ET). Edad del jubilado parcial.</i></p>	<p>60 años (o la edad que resulte por aplicación de los coeficientes de reducción de la edad de jubilación por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos).</p>	<p>61 años –60 en el caso de los <i>mutualistas</i>. La edad no se reduce por aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación.</p> <p>El incremento de la edad se lleva a cabo en un período paulatino de seis años.</p>
<p>.../...</p>		

.../...		
<i>Período de cotización previo del jubilado parcial (art. 166 y disp. trans. 17.ª LGSS y art. 12.6 y 7 ET).</i>	El mínimo exigido para acceder a la pensión de jubilación (15 años, computando los «días cuota»).	30 años, sin tener en cuenta los «días cuota». El incremento del período de cotización exigido se lleva a cabo en un período de aplicación paulatina de cuatro años.
<i>Período de permanencia en la empresa por el jubilado parcial (art. 166 y disp. trans. 17.ª LGSS y art. 12.6 y 7 ET).</i>	Ninguno.	6 años en la empresa o en empresas del mismo grupo de empresas. El período de antigüedad en la empresa se exige en un período de aplicación paulatina de cuatro años.
<i>Reducción de jornada de trabajador por el jubilado parcial (art. 166 y disp. trans. 17.ª LGSS y art. 12.6 y 7 ET).</i>	Entre un mínimo del 35% y un máximo del 85%.	Entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%. El paso a la nueva <i>horquilla</i> de reducción de la jornada se lleva a cabo en un proceso paulatino de cuatro años.
<b>Jubilación parcial</b> <i>Contrato de relevo (art. 166 y disp. trans. 17.ª LGSS y art. 12.6 y 7 ET).</i>	Duración mínima hasta que el jubilado parcial cumpla los 65 años. El puesto de trabajo del relevista y del jubilado tiene que ser el mismo o uno similar.	Duración mínima del contrato hasta que el jubilado cumpla los 65 años. El puesto de trabajo del relevista y del jubilado tiene que ser el mismo o uno similar. Si por razones de producción u objetivas, no puede darse esta condición, ha de existir una correspondencia de bases de cotización entre ambos de, al menos, el 65%.
<b>Jubilación diferida</b> (art. 163.2 LGSS).	Cuando se accede a la jubilación con más de 65 años de edad y acreditando, en ese momento, 35 de cotización, la pensión se mejora aplicando un porcentaje adicional del 2%.  A efecto de la acreditación de los 65 años, se tienen en cuenta los coeficientes reductores de la edad de jubilación.  En ningún caso, la pensión mejorada puede superar el tope de percepción de pensión pública.	Se mejora toda pensión cuando se accede a la jubilación más allá de los 65 años, teniendo derecho en ese momento a acceder a la misma. Por cada año en la actividad más allá de los 65 años se aplica un 2% adicional; a partir del momento en que se acrediten 40 años de cotización, se aplica un 3% adicional. A efectos de la acreditación de los 65 años, no se aplican los coeficientes reductores de la edad de jubilación.  La pensión mejorada puede superar el tope máximo de pensión pública, pero está limitada por el importe del tope máximo de cotización vigente.
<b>Muerte y supervivencia</b> <i>Clases de prestaciones (art. 173 LGSS).</i>	Auxilio por defunción, pensión de viudedad, pensión de orfandad y prestaciones a favor de familiares.	Además de las indicadas, la prestación temporal de viudedad.
.../...		

.../...		
<i>Auxilio por defunción (art. 173 LGSS y disp. adic. 10.<sup>a</sup> LMSS).</i>	Tiene un importe de 36,06 euros.	Dentro de los beneficiarios, se incluyen a los convivientes de hecho sobreviviente. Se incrementará en un 50% en un período de cinco años.
<b>Pensión de viudedad</b> <i>(art. 174 y 174 bis LGSS y disp. adic. 3.<sup>a</sup> LMSS). Período de convivencia previa (arts. 174 y 174 bis LGSS).</i>	No se exige.	En caso de fallecimiento por enfermedad común anterior al matrimonio, un año de matrimonio o dos en caso de convivencia de hecho. No se exige en caso de existencia de hijos comunes. Si no se tiene derecho a pensión se reconoce una prestación temporal, por importe igual a la pensión, y una duración de dos años.
<i>Derecho del separado o divorciado con matrimonio nulo (art. 174 LGSS).</i>	Se tiene derecho, en razón del tiempo de convivencia matrimonial.	Se tiene derecho, en razón del tiempo de convivencia matrimonial, si en el momento del fallecimiento se era acreedor de la pensión alimenticia del artículo 91 del Código Civil.
<i>Reparto de la pensión cuando concurren varios beneficiarios (art. 174 LGSS).</i>	La pensión corresponde a quien en el momento del fallecimiento es cónyuge del fallecido, a la que se resta la parte de pensión que corresponda a los demás beneficiarios, en razón del tiempo de convivencia real.	La misma regulación, si bien se reserva, como mínimo, el 40 % de la pensión a quien en el momento del fallecimiento era cónyuge del fallecido.
<b>Pensión de viudedad</b> <i>(art. 174 y 174 bis LGSS y disp. adic. 3.<sup>a</sup> LMSS). Acceso a la pensión en los casos de convivencia de hecho (art. 174 y disp. adic. 3.<sup>a</sup> LMSS).</i>	No se reconoce.	Se tiene derecho acreditando los siguientes requisitos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Convivencia ininterrumpida y estable de, al menos, cinco años y formalización de la situación de hecho.</li> <li>• Los ingresos del conviviente sobreviviente no han de alcanzar el 50% de los ingresos de la unidad de convivencia (porcentaje que se sitúa en el 25%, si existen hijos comunes). En todo caso, se reconoce la pensión si los ingresos del sobreviviente no superan 1,5 veces el SMI, que aumenta 0,5 veces por cada hijo común.</li> <li>• Se reconoce derecho a pensión, aun cuando el fallecimiento del causante se hubiese producido antes de la entrada en vigor de la LMSS, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la LMSS: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Convivencia mínima, como pareja de hecho, de seis años.</li> <li>– Hijos comunes entre el fallecido y el solicitante.</li> <li>– Sin derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.</li> </ul> </li> </ul>
.../...		

.../...		
<p><b>Pensión de orfandad</b> (arts. 175 y 179 LGSS y disp. adic. 5.ª LMSS). <i>Ingresos del pensionista para poder ser beneficiario con 18 o más años (art. 175 LGSS).</i></p>	Los ingresos no pueden superar el 75% del SMI.	Los ingresos no pueden superar el 100% del SMI.
<p><b>Pensión de orfandad</b> (arts. 175 y 179 LGSS y disp. adic. 5.ª LMSS). <i>Huérfanos a los que se le prorroga la percepción más allá de los 18 años (art. 175 LGSS).</i></p>	Discapacitados en un grado igual a la incapacidad absoluta. Hasta los 22 años, en caso de orfandad «simple» siempre que los ingresos no superen el 75% del SMI. Hasta los 24 años, en caso de orfandad absoluta.	Discapacitados en un grado igual a la incapacidad absoluta. Hasta los 22 años, en caso de orfandad «simple» siempre que los ingresos no superen el 75% del SMI. Hasta los 24 años, en caso de orfandad absoluta o en los casos de orfandad simple, si se trata de discapacitado en un grado de discapacidad igual o superior al 33%.
<p><i>Hijos matrimoniales y no matrimoniales (disp. adic. 5.ª LMSS).</i></p>	Equiparación, salvo en lo que se refiere al acrecimiento de la pensión de orfandad, cuando no se accede a la pensión de viudedad.	Equiparación total, incluido el acrecimiento de la pensión de orfandad.
<p><i>Pensión de orfandad y trabajo en el sector público (art. 179 LGSS).</i></p>	Es incompatible la pensión de orfandad y el trabajo en el sector público.	Respecto de la incidencia en la pensión de orfandad y el trabajo en el sector público, se aplican las mismas reglas que las establecidas para el trabajo en el sector privado.
<p><i>Acumulación de pensiones de viudedad y de orfandad (art. 179 LGSS).</i></p>	La suma de las pensiones de viudedad y de orfandad no puede superar el 100% de la base reguladora.	El límite anterior se aplica en los supuestos en que la pensión de viudedad se determine con el 53% de la base reguladora. Si se aplica el 70%, el límite para las pensiones de orfandad se sitúa en el 48% (con lo que límite global, alcanza el 118%).
<p><b>Prestaciones familiares</b> (arts. 180 a 188 bis y sexies LGSS). <i>Límite de ingresos para seguir siendo causante de las asignaciones familiares (art. 181 LGSS).</i></p>	Para poder seguir siendo hijo a cargo, los ingresos de aquel no pueden superar el 75% del SMI.	Para poder seguir siendo hijo a cargo, los ingresos de aquel no pueden superar el 100% del SMI.
<p><b>Prestaciones familiares</b> (arts. 180 a 188 bis y sexies LGSS). <i>Ingresos de la familia para poder percibir las asignaciones familiares por hijo a cargo no discapacitado [art. 182.1 c) LGSS].</i></p>	9.328,39 euros/año. Límites superiores para familias numerosas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 11.000 euros/año.</li> <li>• Límites superiores para familias numerosas.</li> </ul>
.../...		

.../...		
<i>Importe de la asignación por hijo a cargo no discapacitado (art. 182 bis.1 LGSS).</i>	291 euros/años.	500 euros, si el hijo es menor de tres años. 291 euros, si tiene una edad comprendida entre los 3 y los 18 años.
<i>Importe de la asignación por hijo a cargo discapacitado menor de 18 años (art. 182 bis.1 LGSS).</i>	581,66 euros/año.	1.000 euros, si el hijo es menor de 3 años. 581,66 euros, si tiene una edad comprendida entre los 3 y los 18 años.
<i>Revalorización de las asignaciones familiares a favor de hijos o acogidos menores de 18 años (disp. adic. 27.ª LMSS).</i>	No existe la revalorización automática.	Se prevé la actualización automática en función de la evolución del IPC (el mismo criterio aplicado a las pensiones).
<i>Prestación por nacimiento o adopción de 3.º hijo (arts. 185 y 186 LGSS).</i>	450,76 euros.	La prestación pasa a denominarse «prestación en caso de nacimiento o adopción en caso de familia numerosa». La cuantía se aumenta a 1.000 euros.
<i>Prestación por nacimiento o adopción en el caso de familias monoparentales (arts. 185 y 186 LGSS).</i>	No existe.	Se reconoce una prestación por nacimiento o adopción en el caso de familias monoparentales. Su cuantía es de 1.000 euros.
<b>Prestaciones familiares</b> <i>Prestación por nacimiento o adopción en el caso de familias en las que la madre tenga una discapacidad igual o superior al 65% (arts. 185 y 186 LGSS).</i>	No existe.	Se reconoce una prestación por nacimiento o adopción en el caso de familias en las que la madre tenga una discapacidad igual o superior al 65%. Su cuantía es de 1.000 euros.
<i>Consideración de familia numerosa la formada por dos hijos (art. 2.2 Ley 40/2003 en la redacción dada por la disp. adic. 13.ª LMSS).</i>	No tenía tal consideración aquella en la que convivían dos hijos no discapacitados.	Tiene la consideración de familia numerosa la formada por uno de los progenitores (habiendo fallecido el otro) y dos hijos.
<b>Otras cuestiones</b> <i>Jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos (disp. adic. 7.ª LMSS).</i>	En el Estatuto del Empleado Público, se difiere a norma legal específica. En el Estatuto del Personal Estatutario se contempla <i>si se reúnen los requisitos para ello</i> .	Se difiere la aplicación a la elaboración de un estudio que aborde las soluciones para los colectivos afectados, especialmente en el personal estatutario de los servicios de salud.
.../...		

.../...		
<i>Prolongación de la vida laboral en los empleados públicos (disp. adic. 8.ª LMSS).</i>	Sin regulación específica.	Se difiere la solución a una futura Ley sobre el particular.
<i>Edad de jubilación de los bomberos (disp. adic. 22.ª LMSS).</i>	No se prevé la reducción de la edad de acceso a la jubilación.	Se prevé que el Gobierno realice un informe que posibilite la reducción de la edad de jubilación de los bomberos.
<i>Asimilación de los incapacitados judicialmente (disp. adic. 9.ª LMSS).</i>	Sin regulación específica.	A los efectos de la LGSS, las personas incapacitadas judicialmente se asimilan a las personas discapacitadas en un grado igual o superior al 65%.
<b>Otras cuestiones</b> <i>Cómputo de cotizaciones de las efectuadas en los Montepíos de Navarra (disp. adic. 14.ª LMSS).</i>	No existía tal cómputo por parte del sistema de la Seguridad Social.	Se establece dicho cómputo, en tanto se lleve a cabo también a la inversa.
<i>Exención de cotizaciones para los trabajadores con 65 años y 35 de cotización (disp. adic. 20.ª LMSS).</i>	Quedan exentos de cotización los empresarios y trabajadores, salvo en la cotización por contingencias profesionales y por la IT, derivada de contingencias comunes.	Se mantiene una regulación casi semejante a la contenida en el artículo 112 bis LGSS.