

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad Jaume I. Castellón*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis GIL SUÁREZ, don José Luis GIL Y GIL, don Eduardo GONZÁLEZ BIEDMA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE, don Jesús R. MERCADER UGUINA y don Cristóbal MOLINA NAVARRETE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

Extracto:

EL sistema español de Seguridad Social ha sufrido en los últimos años un importante proceso de reforma normativa en prácticamente todas sus prestaciones, reforma en la que la invocación al incremento de la proporcionalidad y la contributividad es constante y recurrente, como supuesta vía para la superación de los no discutidos problemas financieros que ponen en peligro la subsistencia de nuestro sistema de reparto. El presente trabajo ha pretendido poner de manifiesto cuál es la ratio o correspondencia –en términos estrictamente jurídicos– entre lo cotizado y lo percibido en orden a obtener un diagnóstico de la proporcionalidad y contributividad tantas veces invocadas, y tanto cuando existe una prestación de servicios única como plural, en este último caso, ya sea sucesiva o simultánea ya dé lugar a la inclusión en el mismo Régimen como

.../...

.../...

en otro distinto. Las distintas instituciones, requisitos y condicionantes para el acceso a las prestaciones pueden, en su ordenación jurídica, articularse sobre una lógica aseguradora o sobre una lógica asistencial, o en una múltiple combinatoria entre ambas posibilidades, determinando así el concreto y efectivo nivel de protección que el beneficiario recibe en el momento de actualizarse su situación de necesidad. En todo caso, esa conformación, aun correspondiendo al legislador, debe ser coherente con su presunta finalidad, amén de técnicamente adecuada para la consecución de los propósitos buscados. Este trabajo, a través del estudio de aquellas instituciones que tienen alguna incidencia en la tricotomía trabajo-cotización-prestación, ha pretendido poner de manifiesto algunas coherencias, incoherencias, errores técnicos, lagunas e incluso alguna «mentira» de la ordenación jurídica del sistema en la idea de que muchas veces el armazón jurídico oscurece –deliberadamente o no– el verdadero alcance o trascendencia práctica de las distintas instituciones jurídicas, llevando así al equívoco al beneficiario del sistema de la Seguridad Social. En cuanto que en este análisis ha cobrado especial relevancia el estudio de las abundantes reformas operadas desde hace ya veinte años sobre el conjunto del sistema y en muchas de sus instituciones, no siempre directamente relacionadas con la determinación de la cuantía de las prestaciones pero que acaban teniendo incidencia, en mayor o menor medida, sobre la «contributividad» del sistema, el trabajo ha pretendido también mostrar dos fenómenos sociales en su reflejo en el ordenamiento jurídico: en primer lugar, la remercantilización de las necesidades sociales, consecuencia del actual individualismo, lo que está determinando una desconstrucción de los tradicionales sistemas de Seguridad Social basados en la primacía de lo público sobre lo privado, de la solidaridad sobre la «proporcionalidad» (individual); en segundo lugar, una función promocional o publicitaria de algunos de los derechos reconocidos que resultan totalmente inoperantes, bien por la conformación de los requisitos exigidos, bien por estar ya reconocidos en otras vías (convenios colectivos, fundamentalmente) o, en el caso del ordenamiento de Seguridad Social, por estar alcanzado dicho nivel de protección por otra vía, operándose simplemente un trasvase de fondos o cambio de denominación, manifestación en lo jurídico de la época del *marketing* en la que lo importante es lo que se aparenta ser; en definitiva, que también en el sistema de Seguridad Social se vive un fenómeno de «apariencia de derechos» o «derechos aparentes».

Sumario:

1. Introducción.

2. Realización de una única, no necesariamente continua ni la misma, actividad profesional. Un examen transversal de las condiciones para el acceso a las prestaciones, singularmente el período de carencia. El cálculo de su cuantía: sistema y supuestos.
 - A) Requisitos generales de acceso a las prestaciones: la situación de alta o asimilada y el período de carencia.
 - a) El alta como requisito esencialmente contributivo. Vías de atenuación del requisito. El Convenio Especial como situación asimilada al alta.
 - b) El período de carencia. La carencia cualificada como requisito reforzador de la contributividad del sistema. La atenuación del requisito: vías e instrumentos.
 - c) La responsabilidad en el abono de las cotizaciones y prestaciones. Modificaciones legislativas dirigidas a atenuar los mecanismos de garantía pública que aseguran la efectividad de las prestaciones.

 - B) La cuantía de las prestaciones: sistemas de fijación. La base reguladora de las prestaciones. Porcentajes.
 - a) La determinación de la base reguladora.
 - b) El porcentaje aplicable.

 - C) Algunos supuestos singulares. La proporcionalidad y la contributividad en la regulación de la jubilación parcial y de la jubilación flexible. Algunas dudas sobre el valor de lo cotizado en algunos supuestos de compatibilidad trabajo-prestaciones.

3. Algunas especialidades en el supuesto de realización de varias actividades profesionales: el pluriempleo y la pluriactividad. El cómputo recíproco de cotizaciones nacional e internacional.
 - A) El pluriempleo: efectos desde la perspectiva de la contributividad del sistema.
 - B) La pluriactividad: efectos sobre el cálculo de las prestaciones.
 - C) La totalización de cotizaciones. El cómputo recíproco de cotizaciones entre los distintos regímenes que integran el sistema y entre diferentes sistemas de Seguridad Social. La dimensión internacional del cómputo recíproco.

Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El nivel contributivo de prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social se articula en torno a la realización de una actividad profesional. La inicial opción de nuestro legislador histórico a favor del sistema germánico de protección social perdura en, prácticamente toda su extensión, hasta el momento actual, no obstante la introducción en el sistema de Seguridad Social, en el año 1990, de unas limitadas prestaciones no contributivas. Inicialmente limitado a los trabajadores por cuenta ajena con unos recursos limitados y sobre la base de técnicas aseguradoras (lógica aseguradora), el sistema, como es sabido, fue extendiéndose subjetivamente por la vía de la «generalización» que, frente a la universalización –basada en la condición de ciudadano y articulada en torno a una lógica asistencial–, exigía la realización de actividad profesional, bien por cuenta ajena –aunque en otros sectores de actividad distintos de los inicialmente incluidos– o, incluso, por cuenta propia, supuesto en el que, ausente el elemento empresarial, fue necesaria una total y completa reformulación de un sistema sustentado sobre la responsabilidad objetiva del empresario basada en la teoría del riesgo de empresa. La extensión subjetiva de los iniciales seguros sociales derivó, así, en la creación de un importante número de Regímenes Especiales por razón de actividad profesional, regímenes que perduraron en el nuevo sistema de Seguridad Social nacido a partir de 1 de enero de 1967, que cohabitaban algunos (hasta su integración en 1985/86) ¹ y cohabitan todavía otros, con el Régimen General, régimen cuyo campo de aplicación ha ido también extendiéndose mediante la inclusión de colectivos antes excluidos, inexistentes (funcionarios de Comunidades Autónomas) o, incluso, incluidos en algún Régimen especial «externo» al sistema (funcionarios de Administración Local pertenecientes a la MUNPAL, integrados en 1993) ². Esta peculiar estructura de nuestro sistema de Seguridad Social (en su nivel contributivo), añadido al carácter obligatorio y no voluntario del sistema, conlleva la necesaria previsión de normas que atiendan a la posibilidad de realización de varias actividades profesionales, así como a los efectos derivados de las mismas, tanto desde el punto de vista de la cotización al sistema, como desde el punto de vista de la protección dispensada.

Por otro lado, y desde el punto de vista de su financiación, los sistemas profesionales se basan en la cotización de empresarios y trabajadores, elemento de cotización que encuentra, en mayor o menor grado, su correspondencia o correlato en el ámbito prestacional, no sólo porque las presta-

¹ Ley 26/1985, de 31 de julio y Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integró en el Régimen General los RR.EE de los Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el Régimen Especial de Escritores de Libros.

² Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

ciones se calculan sobre lo cotizado por el trabajador, en un período de referencia más o menos amplio, sino, también, porque en la totalidad del sistema existen elementos, instituciones o mecanismos que refuerzan el carácter contributivo-profesional del mismo. Esta configuración contributiva –basada en la técnica/lógica del seguro– no impidió en el pasado, ni obsta en la actualidad, para la existencia de otras instituciones que, de origen diverso, alteran parcialmente dicha lógica asegurativa, entrando en la órbita de lo «asistencial»: los complementos por mínimos, algunas prestaciones sujetas a prueba de efectivo «estado de necesidad» (prueba de recursos), o incluso, determinadas peculiaridades de carácter claramente asistencial en el régimen jurídico de prestaciones claramente contributivas, como puede ser el cálculo de algunas prestaciones de corte contributivo sobre el módulo del Salario Mínimo Interprofesional y no sobre las cotizaciones acreditadas, o el establecimiento de límites de ingresos para el acceso a determinadas prestaciones de naturaleza contributiva³.

En este sentido, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que, aunque el régimen de Seguridad Social se basa en alguna medida en el principio contributivo, la relación entre cotización y prestación no puede trasladarse de forma automática al régimen legal de la Seguridad Social (STC 134/1987, de 21 de julio), y que la relación automática entre cuota y prestación no es necesaria, pues desde el momento en que la Seguridad Social se convierte en una función del Estado, la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas, si bien también es verdad que esa relación entre cotización y prestación sigue siendo un factor que no cabe desconocer en un sistema que no se ha despegado de una Seguridad Social contributiva (STC 121/1983, de 15 de julio).

En los últimos tiempos, el continuo proceso de construcción del sistema de Seguridad Social ha sufrido un viraje importante, no únicamente en nuestro país sino en todos los Estados europeos en los que los sistemas de Seguridad Social constituyen la manifestación más completa y desarrollada del Estado del Bienestar. Las razones son de todo tipo. Las más aireadas, las económicas: la supuesta inviabilidad financiera de unos modelos de Seguridad Social que, basados en sistemas financieros de reparto, deben enfrentarse a una evolución demográfica fuertemente negativa, a lo que hay que añadir unos todavía elevados niveles de desempleo, el incremento de la esperanza de vida y la incorporación futura a la protección de jubilación (pilar fundamental de cualquier sistema) de la numerosa generación del baby-boom nacida en la década de los años 60. Las ideológicas: la extensión del neo-liberalismo, con su revalorización del mercado como instancia o institución fundamental de los sistemas capitalistas, incluso en la dispensación de la protección social, el cuestionamiento del Estado del Bienestar y las políticas presupuestarias de «déficit cero»; las sociológicas: el resurgimiento de un nuevo individualismo en una población que, con un niveles de bienestar desconocidos e inimaginables en el momento del nacimiento y primera juventud de los sistemas de Seguridad Social y alcanzados en buena medida gracias al Estado del Bienestar, olvida la solidaridad sobre la que se basan los sistemas de Seguridad Social, incluso en la modalidad más limitada de solidaridad profesional⁴.

³ Un estudio muy interesante sobre las relaciones entre lo contributivo y lo asistencial en el Derecho francés, en BORGETTO, M., «Logique assistentielle et logique assurancielle dans le système français de protection sociales: les nouveaux avatars d'un vieux débat», *Droit Social* n.º 1, janvier 2003. Vid. también VALDÉS DAL-RÉ, «Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales (I) y (II)», *Relaciones Laborales*, números 19 y 10, octubre 2002.

⁴ Sobre este particular, vid. la interesante lectura que específicamente en materia de los sistemas de protección social se realiza en BRUCKNER, P., «La tentación de la inocencia», Barcelona (Anagrama), 4.ª ed., 2002.

Las de mercado: la aparición y potenciación (fundamentalmente por la vía fiscal) de mecanismos de previsión privada (asistencia sanitaria, planes de pensiones, prestaciones de incapacidad temporal y permanente para trabajadores autónomos, etc.) que constituyen un importante capital para la especulación financiera, amén de un importante y muy lucrativo sector de actividad.

En este proceso de «reconstrucción», que es más bien de «des-construcción», de los sistemas de Seguridad Social ha cobrado un importante papel la recurrente referencia a la necesidad de «incrementar la proporcionalidad y contributividad del sistema de la Seguridad Social». A esta necesidad se refería ya el archinominado «Pacto de Toledo»⁵ y así se reitera en todas las muy importantes y abundantes modificaciones normativas operadas a partir de aquél. Baste señalar a efectos simplemente ejemplificativos, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley y aprobado como Ley 35/2002, de 12 de julio, y el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de Mejora de las Pensiones de viudedad, si bien algunas otras omiten dicha referencia y prefieren referir a la mejora de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, no obstante contener importantes modificaciones en la «contribución» al sistema de los sujetos afectados (Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica, aprobado tras su tramitación parlamentaria como Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, con singulares modificaciones respecto de aquél).

El fenómeno señalado no ha impedido otro de signo, sólo aparentemente, distinto tendente a «asistencializar» ciertas prestaciones dentro del nivel contributivo de prestaciones: así, por ejemplo, las reformas en materia de viudedad, la reforma en materia de desempleo asistencializando un nuevo nivel –la Renta Activa de Inserción–; la reciente exclusión del nivel contributivo de las prestaciones «familiares» que han quedado configuradas de forma total, en su manifestación de prestaciones económicas, como modalidad no contributiva. En realidad, se trata de reformas normativas claramente reconducibles al mismo propósito que las anteriores. La asistencialización de ciertas prestaciones, es decir, su supeditación a la prueba de recursos, abunda en la nueva concepción neoliberal de la Seguridad Social: la minoración de la suficiencia de la protección pública que queda así reducida a una protección «mínima» a completar por el sujeto mediante el recurso a formas privadas de previsión que, en el recorte de la suficiencia pública y en una política fiscal especialmente incentivadora, encuentra la plataforma de lanzamiento necesaria para convertirlas en una actividad muy lucrativa⁶.

⁵ Vid. la valoración que del mismo se lleva a cabo por BARRADA RODRÍGUEZ, A., y GONZALO GONZÁLEZ, B., «La financiación de la protección social en España», Madrid (CES), 1997.

⁶ Sobre este particular, señalaba ya hace unos años GONZALO GONZÁLEZ, B., «La Seguridad Social en la encrucijada: entre los saldos del "Estado del Bienestar"», *Relaciones Laborales* n.º 22, 1996 págs. 9 y ss.: «(...) Como en todas partes, también en España las crisis demográficas, de empleo y productiva propician una política, incluso a corto plazo, de restricciones protectoras, y de transferencias de responsabilidades asistenciales desde el Estado a los individuos, las familias, los grupos sociales, y en general, al sector privado. (...) La dimensión privatizadora de esta política reformista reconduce las estructuras asistenciales hacia la creación de regímenes protectores opcionales de solidaridad limitada y hacia la apertura de vías de protección complementaria no obligatorias. Observada atentamente, la opción reformista elegida busca el efecto de implantar una Seguridad Social de mínimos y de propiciar –a un ritmo moderado– la transformación del régimen protector hacia fórmulas con un cierto componente de capitalización sobre base voluntaria y de carácter privado. Ésa y no otra –dígase lo que se diga– es la meta del llamado Pacto de Toledo: la de agotar apresuradamente ese hasta ahora lento proceso reformista».

Por lo demás, no puede dejar de señalarse como una nueva manifestación del fenómeno que venimos señalando las múltiples reformas operadas en los últimos años dirigidas al establecimiento de sistemas complementarios de pensiones en el sector público y cuyo último corolario lo constituye la nueva redacción otorgada por la disposición adicional décima Ley 62/2003, de 30 de diciembre, al artículo 37 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, en el que se recoge el concepto de pensión pública ⁷.

Lo anteriormente apuntado constituye un tema, sin duda, interesante y que cuenta con algún reciente y exhaustivo estudio ⁸. Pero en este trabajo el propósito es más limitado: dado que la realización de actividad profesional es el elemento que determina la inclusión en el nivel contributivo de prestaciones, pretende analizar cuál es la ratio o correspondencia entre lo cotizado y lo percibido en orden a obtener un diagnóstico sobre la «proporcionalidad y contributividad» en aquellos supuestos en los que existe, tanto una prestación de servicios única como una pluralidad, que tanto puede ser sucesiva o simultánea. En definitiva, se trata de analizar la regulación jurídica del nivel de cotización exigible y el alcance de las prestaciones dispensadas cuando el trabajador ha realizado una única actividad profesional o una pluralidad de ellas, bien en situación de pluriempleo, bien en situación de pluriactividad y en este caso, tanto de forma sucesiva como simultánea, sin olvidar la incidencia que la eventual de prestación de servicios en el extranjero pudiera determinar en el cálculo de las prestaciones por aplicación de normativa de carácter internacional.

Por lo demás, el artículo 122 LGSS consagra el principio de incompatibilidad de pensiones salvo previsión legal o reglamentaria en contra, consagrando un derecho de opción para quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones ⁹. Con todo, se trata de una previsión muy limitada pues no sólo se circunscribe a las prestaciones periódicas y vitalicias (pensiones) sino que además, se limita al ámbito del Régimen General si bien es verdad que todos los Regímenes Especiales prevén igual regla de incompatibilidad respecto de las pensiones causadas en su ámbito. En todo caso, no existe en el nivel contributivo de Seguridad Social, una regla general de incompatibilidad de pensiones que

Sobre esta materia, *vid.* especialmente, VILLA GIL, L.E., «Las pensiones sociales: problemas y alternativas». Ponencia General al IX Congreso Nacional de Derecho y Seguridad Social, ejemplar multicopiado; GARCÍA NINET, J.I., «Breves notas sobre el llamado Pacto de Toledo o informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse», *Tribuna Social*, n.º 55, 1995, pág. 9; VIDA SORIA, J., «Qué fue eso de la Seguridad Social», Lección Inaugural leída con ocasión de la apertura del Curso Académico 2002-2003, de la Universidad de Granada, Granada (Universidad), 2003; TORTUERO PLAZA, «Reflexiones sobre la Seguridad Social: del compromiso político a la reforma legislativa», *Tribuna Social*, n.º 107, 1999. BALANDI, G.G., «Reflexiones institucionales sobre previsión social complementaria», *Relaciones Laborales*, 1988, T. II, págs. 301-316; MONEREO PÉREZ, J.L., «Público y privado en el sistema de pensiones», Madrid (Tecnos), 1996; DESDENTADO BONETE, A., «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época en crisis. A propósito del Código de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, n.º 8, 1996; FERRERAS ALONSO, F., «La pensión de jubilación: ¿cuestión de Estado o de mercado?», *Tribuna Social* n.º 43, 2003; LÓPEZ CUMBRE, L., «Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación», Comunicación presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, original multicopiado.

⁷ *Vid.* sobre el particular, PANIZO ROBLES, J.A., «La Seguridad Social en el inicio del año 2004», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, febrero 2004, pág. 38 y ss.

⁸ GARCÍA VALVERDE, M.D., «La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español», Granada (Comares), 2003. *Vid.* también el interesante prólogo a cargo del prof. J.L. MONEREO PÉREZ.

⁹ Sobre esta materia *vid.* RON LATAS, R., «La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social», Madrid (Civitas-Univ. A Coruña), 2000.

afecte a aquéllas causadas en distintos Regímenes. La señalada compleja estructura del nivel contributivo escindido entre un Régimen General y varios Regímenes Especiales, añadido al carácter obligatorio de la afiliación/alta por la realización de cualquier actividad profesional (salvo trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad y, en algún caso, cuando no constituyen su medio fundamental de vida) determina la obligatoria cotización y consiguiente eventual percepción de varias prestaciones. Y es precisamente este aspecto el que va a ser objeto de atención: si efectivamente existe una correlación inmediata y en qué grado entre cotización y prestación en el bien entendido que no se trata en ningún caso de un estudio de los mecanismos económico-actuariales que ponderan dicha relación ¹⁰, sino un pequeño análisis en términos meramente jurídico-comparativos de algunas cuestiones relacionadas con las distintas combinatorias posibles entre trabajo-cotización-prestaciones y sus consecuencias.

2. REALIZACIÓN DE UNA ÚNICA, NO NECESARIAMENTE CONTINUA NI LA MISMA, ACTIVIDAD PROFESIONAL. UN EXAMEN TRANSVERSAL DE LAS CONDICIONES PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES, SINGULARMENTE EL PERÍODO DE CAREN-CIA. EL CÁLCULO DE SU CUANTÍA: SISTEMA Y SUPUESTOS

El primer supuesto, y cuantitativamente el más frecuente, en la variada tipología de ejercicio de actividad profesional, es el representado por un sujeto cuyo trabajo determina el encuadramiento en un único Régimen de la Seguridad Social, habitualmente el Régimen General. El hecho de su afiliación y/o alta implica el nacimiento de la obligación de cotizar, tanto a su cargo, como a cargo del empleador (empresario a efectos laborales), afiliación y cotización por las que se convierte en sujeto protegido por el sistema de Seguridad Social. La protección dispensada por dicho sistema comprende, en la actualidad (art. 38 LGSS), en su modalidad contributiva (art. 86 LGSS):

¹⁰ En ningún caso se pretende un análisis económico sobre el sistema de cotización (bases y tipos de cotización aplicables) si bien hay que señalar que también sobre dicha materia han sido importantes las reformas operadas en aquellos regímenes especiales caracterizados por su asistencialidad en el sistema de cotización y que había venido propiciando un supuesto fenómeno de «compra de prestaciones» como es, fundamentalmente, el Régimen Especial Agrario. Efectivamente, el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de reforma económica modificó el sistema de cotización de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario acercando su sistema de cotización, especialmente beneficioso para el trabajador, al previsto para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, si bien, para evitar el fuerte impacto económico que el cambio implicaba, el acercamiento se preveía paulatino (aplicación progresiva mediante la reducción a través de unos coeficientes aplicables a la cuota íntegra a ingresar, coeficientes inexistentes ya a partir de 1-1-2018). La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, resultado de la tramitación parlamentaria de la citada norma de urgencia, modificó la previsión de la norma anterior y singularmente, circunscribiendo el cambio del sistema de cotización a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Agrario a los trabajadores por cuenta propia que ingresen en el Régimen Agrario a partir de 1 de enero de 2004 salvo que voluntariamente opten por acogerse, con carácter irrevocable, a dicha protección.

Sobre el particular, *vid.* VICENTE PALACIO, A., «De nuevo sobre la fragmentación y dispersión en las reformas de la Seguridad Social. La nueva reforma del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social. Comentario al Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social IUSTEL*, n.º 3, 2003; VICENTE PALACIO, A., «Los trabajadores por cuenta propia de otros regímenes especiales: su previsible integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a través de su progresiva homogeneización de la acción protectora. Exposición comparativa de sus respectivas especialidades», *Documentación Laboral* n.º 69, 2003.

- La asistencia sanitaria en los casos derivados de contingencias profesionales.
- Prestaciones económicas en las situaciones de:
 - Incapacidad temporal.
 - Maternidad.
 - Riesgo durante el embarazo.
 - Incapacidad Permanente.
 - Jubilación.
 - Desempleo, en sus modalidades contributiva y asistencial.
 - Muerte y supervivencia.
 - Prestaciones familiares.

Tanto la prestación de asistencia sanitaria, como las prestaciones económicas de Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Muerte y Supervivencia pueden ser debidas o haber sido ocasionadas por riesgos comunes o riesgos profesionales, lo que determina la aplicación de normas específicas en orden, tanto a los requisitos de acceso, como al cálculo de la prestación, así como la existencia, cuando deriva de contingencias profesionales, de alguna prestación específica (lesiones permanentes no invalidantes). Hay que recordar que todo el origen del actual sistema de Seguridad Social hay que situarlo en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, ley fundamental, no sólo por ser la primera norma española en materia de protección social, sino porque la configuración técnica de todo el sistema actual es deudor de la misma, tanto en la utilización de la técnica del seguro ¹¹ como en la conformación y posterior mantenimiento de una doble rama de prestaciones ¹², sujetas cada una de ellas a sus propias normas: la protección frente a las contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad común) y la protección frente a los riesgos comunes.

¹¹ La doctrina ha puesto de manifiesto la confluencia de factores que determinaron la opción por la técnica del seguro en la conformación técnica de la Ley de Accidentes de Trabajo: la vinculación profesional con el sector asegurador de los promotores de la misma (entre ellos y fundamental Maluquer y Salvador, alma mater durante largo tiempo del Instituto Nacional de Previsión); su carácter científico, al estar basado en la técnica actuarial que aseguraría la percepción futura de las prestaciones; así como las grandes reticencias de los distintos elementos sociales hacia un excesivo intervencionismo estatal. *Vid.* MONTERO GARCÍA, F., «Orígenes y antecedentes de la previsión social», Vol. I. de la obra colectiva (Coord. GÓMEZ MOLLEDA, M.D.) «Los seguros sociales en la España del Siglo XX», Madrid (MTSS), 1988.

¹² Efectivamente, a partir de la inicial Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y en el misma línea de preocupación por la «cuestión social», se inicia de forma tímida la implantación de seguros para la protección de los riesgos de los obreros, mediante la creación paulatina de distintos seguros sociales estructurados sobre la misma técnica del seguro privado si bien, y para superar la insuficiencia contributiva del obrero, llamando a la participación económica del patrono e incluso, en algún caso, a una tímida aportación estatal: el Retiro Obrero (1919), el Seguro de Maternidad (1929); el Subsidio Familiar (1937), el Seguro Obligatorio de Enfermedad (1942) y el Seguro Nacional de Desempleo (1961), algunos de los cuales sufrieron importantes transformaciones incluso en la denominación (el Retiro Obrero mudó al Seguro Obrero de Vejez en 1939, cambiando nuevamente a Seguro Obrero de Vejez e Invalidez en 1947, al que se añadió la protección por muerte y supervivencia en 1955). Todos estos seguros y sus posteriores modificaciones más o menos intensas fueron refundidas en los denominados Seguros Sociales Unificados, pero siempre limitados a la protección de riesgos de origen común pues la protección de los riesgos profesionales se regulaba por el todavía parcialmente vigente Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento.

Por lo que se refiere al desempleo, la protección asistencial, no obstante su denominación, queda también comprendida en el nivel contributivo de las prestaciones aunque con singulares especialidades, pues al configurarse el desempleo como un riesgo específico (la pérdida involuntaria de un empleo previo) y no genérico (la carencia de trabajo, con independencia de que se haya realizado alguno con anterioridad o no), siempre se exige una previa realización de actividad profesional incluso para el acceso al nivel asistencial. Distinto es el supuesto de la Renta Activa de Inserción de reciente creación ¹³, al que con posterioridad me remitiré.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, no cabe duda ya de su clara autonomización del ámbito objetivo de la Seguridad Social salvo la originada por contingencias profesionales, una vez constituido y totalmente desarrollado el artículo 43 CE (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y Ley 16/2003, de 28 de mayo, Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud), con la total implantación de los respectivos Servicios Autonómicos de Salud integrados en el Servicio Nacional de Salud, desgajamiento que se ha completado incluso a nivel de financiación (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con estatuto de autonomía).

Por su parte, las prestaciones familiares, tras la reforma operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, han quedado reducidas, en lo que a su modalidad contributiva se refiere, a la consideración como período de cotización efectiva del primer año de excedencia voluntaria para el cuidado de hijo, menor acogido o cuidado de otros familiares, a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad, período que se amplía a quince meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, y a dieciocho meses si tiene la de categoría especial.

En definitiva, que el trabajador que queda comprendido en el campo de aplicación del nivel contributivo del Régimen General del sistema de la Seguridad Social se encuentra económicamente protegido, en razón de tal actividad profesional ante los siguientes riesgos: a) la enfermedad que le imposibilite temporalmente para la prestación de servicios; b) la lesión que reduzca de forma permanente su capacidad laboral, en mayor o menor grado; c) la imposibilidad de trabajar derivada de la maternidad biológica, así como la necesidad de cuidados del recién nacido o niño menor de seis años adoptado o acogido o mayor de dicha edad en determinadas circunstancias; d) la imposibilidad temporal de trabajar por derivarse del puesto de trabajo o de las condiciones en que éste ejecuta un riesgo para la salud de la mujer en estado de gestación; e) la jubilación; y f) la pérdida involuntaria de un empleo previo. A esto se añade que dicho trabajador es sujeto causante –aunque no beneficiario– de prestaciones derivadas de su fallecimiento a favor de algunos de sus familiares: cónyuge [g) pensión de viudedad], hijos menores de veintidós años o incluso de edad superior [h) pensión de orfandad], y algunos otros familiares distintos de los anteriores [i) subsidios temporales y pensiones en favor de otros familiares], si bien en estos últimos casos con una clara configuración asistencial en cuanto se exige prueba de recursos y dependencia económica del causante.

¹³ Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Tramitado posteriormente como Proyecto de Ley, fue aprobado, con algunas pequeñas modificaciones, como Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de igual denominación.

Como bien se aprecia, algunas de estas prestaciones son temporales (Incapacidad Temporal, maternidad, desempleo, subsidios en favor de otros familiares), mientras otras son vitalicias (viudedad, orfandad, jubilación, incapacidad permanente, pensiones en favor de otros familiares), no obstante la lógica existencia de causas de extinción. Arbitradas con la finalidad de atender a diferentes situaciones de necesidad, existe una clara independencia o autonomía entre los requisitos, singularmente de cotización previa, para acceder a cada una de dichas prestaciones, independencia que se manifiesta tanto en su relación entre dichas prestaciones presentes como en su proyección futura. O lo que es lo mismo, que en ningún caso repercute sobre las futuras pensiones –ni negativa ni positivamente– el disfrute pasado de otras prestaciones, de la misma manera que el disfrute actual de una prestación no excluye el posible reconocimiento de otra también actual para atender a situaciones de necesidad diferentes. Hasta tal punto es así que ser beneficiario de algunas prestaciones constituye «situación asimilada al alta» a efectos del reconocimiento de otras. Se trata de una cuestión fundamental que no debe pasar inadvertida y que sirve para poner de manifiesto una eventual –y que sería muy grave– manifestación del manido incremento de la «contributividad y la proporcionalidad»: la posibilidad de que se acabe tratando la cotización del trabajador (y del empresario como «tomador del seguro») como un fondo para la previsión de cualquier riesgo al que pueda verse expuesto el trabajador y que se va consumiendo por la actualización de las distintas contingencias que le van sobreviniendo al trabajador a lo largo de su vida. No se trata de una alarma exagerada: en materia de desempleo y a efectos del período de carencia (en definitiva, en lo que constituye el requisito esencial para acceder o no a la prestación) sólo se computan las cotizaciones que no hayan sido tenidas en cuenta para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial ¹⁴ y, en materia de Incapacidad Temporal, como ha advertido la doctrina ¹⁵, el INSS en algún caso, parece exigir, cuando se ha agotado una IT por incapacidad temporal, y para el reconocimiento de otra posterior, el trabajo y la cotización posterior al menos durante seis meses después del alta, proceder administrativo cuya legalidad ha sido negada por el Tribunal Supremo ¹⁶.

A) Requisitos generales de acceso a las prestaciones: la situación de alta o asimilada y el período de carencia.

El artículo 124 LGSS configura dos clásicos requisitos generales para el acceso a las prestaciones, fuertemente vinculados al carácter contributivo-profesional de nuestro sistema: la necesidad de que el trabajador se encuentre en alta o situación asimilada y la exigencia, para tener acceso a las prestaciones derivadas de enfermedad común, de un período de cotización previa, de cuantía varia-

¹⁴ Con origen en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

¹⁵ GARCÍA NINET, J.I., «Incapacidad Temporal», en *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 3.ª edición, 2002, pág. 397.

¹⁶ STS de 20-2-2002. La STS de 10-2-1998 (RJ 1998, 1797) es tajante al respecto: «en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones. La regla general es la contraria y la única excepción es la que rige para las prestaciones de desempleo en virtud de la regla específica del artículo 201.2 LGSS (...)».

ble según la prestación concreta de que se trate. Quedan exentas del período de cotización previa las prestaciones derivadas de riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) y de accidente no laboral.

a) El alta como requisito esencialmente contributivo. Vías de atenuación del requisito. El Convenio Especial como situación asimilada al alta.

El requisito del *alta* conecta directamente con el carácter profesional del sistema. Para tener derecho a la protección, el sujeto causante (ya concurra también en él la condición de beneficiario o, por el contrario, dicha condición sea atribuible a un tercero) debe encontrarse prestando los servicios profesionales en virtud de los cuales está comprendido en el campo de aplicación del sistema. En su virtud, la vinculación o pertenencia pasada al sistema es insuficiente, en principio, para causar derecho a cualquiera de las prestaciones dispensadas por el sistema en su nivel contributivo (único, hasta fechas no muy lejanas). Es necesaria la pertenencia actual, la condición de sujeto productor, que siga vivo el presupuesto objetivo determinante de la aplicación de la normativa de la Seguridad Social: la realización de actividad profesional.

Las consecuencias de su falta de concurrencia son terminantes. Desde el punto de vista del sujeto, la privación de protección pública. Desde el punto de vista del sistema, la reducción de su ámbito de protección o, más claramente, una falta de abono de prestaciones, pese a la eventual existencia de cotizaciones efectuadas en el pasado en función de la actividad profesional. En algunos casos, se llegaría a ese mismo resultado con independencia de la exigencia del requisito, pues la situación de necesidad protegida tal y como se define por el ordenamiento jurídico exige como presupuesto imprescindible la prestación efectiva de servicios o la actual realización de actividad profesional; así, por ejemplo, la prestación económica de riesgo por embarazo exige una clara conexión entre el puesto de trabajo desempeñado por la mujer embarazada y la situación de embarazo, derivándose del primero un peligro para la salud de la mujer embarazada o el feto. En otros casos, por el contrario, la conexión deriva única y exclusivamente de la voluntad del legislador; el caso más claro es la prestación de jubilación y, en menor medida, el de incapacidad permanente.

No obstante lo anterior, la exigencia de la situación de «alta» como requisito general de acceso a las prestaciones ha sido atenuado por varias vías.

En primer lugar (primogenitura también en sentido cronológico o temporal), y sin que cuestione para nada la propia ontología o validez del alta como requisito de acceso sino antes bien al contrario, el legislador previó tempranamente el mecanismo de la asimilación al alta ¹⁷. Como es sabido, la asimilación al alta es una ficción jurídica en cuya virtud, en determinadas situaciones suspensivas o incluso extintivas de la prestación de servicios –que es el sustrato básico que permite su propia existencia–, se mantiene viva la relación jurídica de protección. En todo caso, y aunque se trata de

¹⁷ Un estudio exhaustivo del mecanismo en BARRIOS BAUDOR, G.L., «Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social», Pamplona (Aranzadi), 1998.

un mecanismo de indudable virtualidad, tiene un alcance limitado, pues opera sólo respecto a las contingencias y con el alcance y vigor que en cada caso se determine, lo que supone, por tanto, la coexistencia de la baja formal con la situación de asimilación al alta para determinadas prestaciones.

En segundo lugar, y muy posteriormente [Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social], se admitió la posibilidad de acceder a la protección de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez y a la protección por jubilación desde la situación de «inactivo» (no asimilado), si bien, exigiendo en tal caso, un período de cotización entonces muy superior al exigido para acceder a las mismas prestaciones desde la situación de activo o asimilado. La exoneración del requisito de alta o asimilada operado por esta Ley tuvo por finalidad acabar con una jurisprudencia «humanizadora» que consideraba injusto privar a una persona del acceso a la protección del sistema de Seguridad Social cuando –pese a tener una carrera regular de seguro– se daba la circunstancia de la actualización del hecho causante en un momento en que no se encontraba en alta o situación asimilada¹⁸. El legislador otorgó reconocimiento legal a dicha doctrina, cifrando en quince años de carencia el genérico concepto de «carrera regular de seguro» utilizado por la jurisprudencia y, exigiendo, como carencia específica y para evitar un excesivo alejamiento de la situación de activo o asimilado al hecho causante, que tres de esos quince años se acreditaran en los diez años inmediatamente anteriores al citado hecho causante (incapacidad permanente) o dos de esos quince años en los ocho anteriores a la fecha de solicitud (jubilación). Si tenemos en cuenta que, por entonces, el período de carencia exigido para tener derecho a dichas prestaciones (derivadas de enfermedad común, en el caso de la incapacidad permanente) era como máximo (para la incapacidad permanente, es el resultado de la aplicación de la regla para mayores de 52 años) de ocho años, es evidente la utilización de una mayor cotización como compensación de la ausencia del otro requisito fundamental: el carácter vivo de la prestación de servicios como elemento determinante para la inclusión en el sistema de Seguridad Social y como imprescindible para el acceso a cualquiera de las prestaciones. Esta conexión fue posteriormente reiterada cuando, para el acceso a las prestaciones de supervivencia (viudedad, orfandad y a favor de otros familiares) el legislador permitió el acceso desde la situación de no alta o asimilada exigiendo un período de carencia especialmente duro (inicialmente, veintidós años¹⁹; y posteriormente²⁰ quince años, uniformando la carencia genérica para todos los posibles accesos desde la situación de no alta o asimilada, si bien existen diferencias en materia de la carencia específica o cualificada).

Especial singularidad presenta la institución del convenio especial como situación asimilada al alta. El convenio especial permite mantener la situación de alta a efectos de determinadas prestaciones respecto de sujetos en los que no concurre o ha dejado de concurrir la circunstancia esencial que nuestro sistema exige para determinar la inclusión en el mismo: la realización de acti-

¹⁸ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia», *Actualidad Laboral* n.º 2, 2002, págs. 15 a 28.

¹⁹ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁰ Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

vidad profesional ²¹. Se trata de una institución peculiar pues, en general, se caracteriza por la voluntariedad en su suscripción en la idea de que determinados ceses en el ejercicio de la actividad profesional no redunden en una futura pérdida de derechos de Seguridad Social por no concurrir, en el momento del hecho causante, la condición esencial de estar en alta. En todo caso, y sin perjuicio de que la nueva regulación operada por la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, se enmarca en una línea de flexibilización de los requisitos que permiten su suscripción ²², en ningún caso cabe por esta vía la total apertura del sistema de Seguridad Social desgajada del requisito del ejercicio de actividad profesional inherente a nuestro nivel contributivo, pues siempre se exige, o bien el cese en alguna actividad profesional anterior ²³, el cese en la cotización sin cese en la actividad ²⁴; la realización de alguna actividad profesional no incluida, todavía, en la actualidad con carácter obligatorio en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social ²⁵ y finalmente, algunos otros supuestos especiales que atienden a circunstancias variadas, desde la pérdida de prestaciones por quienes eran beneficiarios de protección pública ²⁶, a la especial con-

²¹ Los supuestos son muy variados pero algún autor los ha clasificado según la siguiente y útil tipología: convenios especiales de permanencia, convenios especiales de complemento y convenios especiales de inclusión. *Vid.* ARUFE VARELA, A., «Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social», Granada (Comares), 2003.

²² Entre otros, fundamentalmente, la desaparición del período de 90 días para su suscripción, plazo que ahora sólo adquiere relevancia para la fecha de efectos del mismo (art. 5) y la ampliación del período en el que debe reunirse el período de carencia mínimo, que ha pasado de 1.080 días en los 7 años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate a los mismos días pero en los 12 años inmediatamente anteriores a la baja.

²³ Según el artículo 2 pueden suscribir el Convenio Especial con la Tesorería General de la Seguridad Social:

- a) Los trabajadores o asimilados que cursen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro régimen del Sistema de la Seguridad Social;
- c) Los trabajadores o asimilados en situación de pluriempleo o pluriactividad que cesen en alguna de las actividades por cuenta ajena determinantes de la situación de pluriempleo o en la actividad o actividades por cuenta propia o en la prestación o prestaciones de servicios por cuenta ajena constitutivas de su situación de pluriactividad en los términos regulados en el artículo 23;
- d) Los trabajadores o asimilados que cesen en su prestación de servicios por cuenta ajena o en su actividad por cuenta propia y que sean contratados por el mismo u otro empresario con remuneraciones que den lugar a una base de cotización inferior al promedio de las bases de cotización correspondientes a los días cotizados en los doce meses inmediatamente anteriores a dicho cese.

²⁴ Artículo 2 b): Los trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de carácter indefinido así como los trabajadores por cuenta propia incluidos en el sistema de la Seguridad Social, siempre que unos y otros continúen en situación de alta y tengan cumplidos 65 o más años de edad y acrediten 35 o más años de cotización efectiva y queden exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 112 bis y disposición adicional trigésima segunda LGSS a excepción en todo caso de los trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos Públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

También el convenio especial durante la situación de alta especial como consecuencia de huelga legal o cierre patronal. También podría encuadrarse el convenio especial de los trabajadores contratados a tiempo parcial (art. 22) así como el suscrito por el trabajador que reduzca su jornada por cuidado de menor, minusválido o familiar (art. 21).

²⁵ Deportistas de alto nivel (art. 27 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, y Real Decreto 1467/1997, de 19 de septiembre, sobre deportistas profesionales).

²⁶ Artículo 2.

- f) Los trabajadores que se encuentren percibiendo prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo y se les extinga el derecho a las mismas o pasen a percibir el subsidio por desempleo, así como los que cesen en la percepción de este último;
- g) Los pensionistas de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados que sean declarados plenamente capaces o con incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría o error de diagnóstico;

dición personal o profesional ²⁷. Como ha señalado la doctrina ²⁸, «si no se precisara el cumplimiento de unos requisitos previos, nos encontraríamos con una auténtica relación voluntaria de aseguramiento en el sistema de la Seguridad Social que incluso podría extenderse a colectivos desprotegidos». Salvo en algunos de esos supuestos especiales en atención a la condición personal o profesional del sujeto (arts. 11 a 22 de la citada Orden), es requisito para la viabilidad de la suscripción del convenio especial un período de carencia de 1.080 días de cotización (3 años) al sistema de Seguridad Social en los 12 años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen de que se trate. Esta exigencia de un período de carencia como requisito para el acceso a la institución del convenio especial resalta el carácter «garantista» o «continuista» del mecanismo, en el sentido de que su finalidad es garantizar el mantenimiento de las prestaciones futuras –fundamentalmente la jubilación– pese a la falta de realización de actividad profesional. Hay que señalar, por lo demás, que las cotizaciones computables se contemplan en términos amplios, pues se incluyen, entre otras, las cotizaciones realizadas por pagas extraordinarias, la ficción de cotización del primer año de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o de familiar e incluso incluye los días cotizados durante la percepción de las prestaciones o subsidios por desempleo y los cotizados en otros Estados Miembros del Espacio Económico Europeo o con los que exista Convenio internacional, si bien siempre que no se superpongan y sean anteriores a la fecha de efectos del convenio especial. En todo caso, la cotización por el citado convenio especial corre a cargo, en general, en los supuestos de extinción del contrato, del trabajador beneficiario del convenio especial de tal forma que es el propio trabajador el que soporta el coste de su protección. La cotización se efectúa sobre una base de cotización elegida por el trabajador entre cuatro posibilidades que oscilan desde la base máxima de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado siempre que haya cotizado por ella al menos durante 24 meses (consecutivos o no) en los últimos cinco años; un promedio de la base de cotización mensual de los 12 meses consecutivos anteriores a aquel en que se haya extinguido la obligación de cotizar; la base mínima de cotización vigente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y una comprendida entre las tres anteriores. La cuota se determina aplicando a la base de cotización elegida, el tipo único de cotización vigente en el Régimen General, y el resultado de dicha operación se multiplica por un coeficiente reductor fijado anualmente por el MTAS en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial. Hay que tener en cuenta que la acción protectora comprende las prestaciones derivadas de contingencias comunes con excepción de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad y riesgo por embarazo, así como la protección por desempleo, FOGASA y Formación Profesional: en definitiva, que comprende las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia.

h) Los pensionistas de incapacidad permanente o jubilación a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se les extinga la misma por cualquier otra causa.

i) Los trabajadores o asimilados que causen baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social por haber solicitado una pensión del mismo y ésta les sea posteriormente denegada por resolución administrativa o judicial firme.

²⁷ Artículo 2 j): «Los trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados en los supuestos especiales que se regulan en el Capítulo II de esta Orden». Estos supuestos comprenden entre muchos, a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y Diputados del Parlamento Europeo; los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas; los trabajadores que prestan servicios en la Administración de la Unión Europea y en Organizaciones Internacionales; los emigrantes e hijos de éstos que trabajen en el extranjero; emigrantes retornos y sus familiares a efectos de la cobertura de la asistencia sanitaria, entre otros supuestos.

²⁸ GARCÍA NINET, J.I., «La asimilación al alta en virtud de convenio especial con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tipología y régimen jurídico», *Revista de Derecho Público*, 1984.

Desde el punto de vista que ahora interesa –la contributividad– hay que señalar que el coeficiente aplicable para el supuesto general cuando el convenio especial tiene por objeto la cobertura de todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes, salvo las exceptuadas, es el 0,94 (art. 21 Orden TAS/368/2004, de 12 de febrero). Puesto que cuanto más cercano está el coeficiente a la unidad menos se reduce la cuota a ingresar, el resultado es que el legislador valora en un 0,06 el coste de las prestaciones que están excluidas de la acción protectora del convenio especial (incapacidad temporal, maternidad y riesgo por embarazo), valor que contrasta muy significativamente, sin embargo, con el incremento que ha supuesto en determinados regímenes de la Seguridad Social el incremento de la protección por incapacidad temporal del 4.º al 15.º día, que ha supuesto una elevación del tipo de cotización aplicable del 28,30% al 29,80% ²⁹.

Por lo demás, y también desde esta misma perspectiva señalada, llama la atención la posibilidad de suscripción de convenio especial para el trabajador mayor de 65 años y con más de 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social, con contrato de trabajo de carácter indefinido, que continúe en situación de alta ³⁰. Y es curioso porque aunque la base de cotización en tal caso en el convenio especial estará constituida únicamente por la diferencia entre la base superior por la que se hubiese tenido que cotizar de no gozar de exención y la base a la que se refiere el artículo 162.6 LGSS (que es la base reguladora que se computa para el cálculo de la prestación de jubilación en los supuestos de exención de cotizar), no se prevé ningún coeficiente específico para la determinación de la cuota aplicable, lo que determina que pese a que el sujeto suscriptor del convenio no puede acceder a algunas de las prestaciones comprendidas en la acción protectora del convenio especial (singularmente, la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes *ex art.* 138.1 párrafo segundo LGSS), la cuota a pagar no se ve minorada. Algún autor ha señalado la poca ventaja de suscribir el convenio y de cotizar por la diferencia entre una y otra base pues la diferencia será en todo caso insignificante e incluso inexistente ³¹.

b) El período de carencia. La carencia cualificada como requisito reforzador de la contributividad del sistema. La atenuación del requisito: vías e instrumentos.

Como es sabido, el *período de carencia* como requisito de acceso a las prestaciones sólo se exige para acceder a las prestaciones derivadas de enfermedad común y en cuantías variables según la prestación. En todo caso, su inexistencia para acceder a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) o de accidente no laboral no supone en ningún caso una alteración del carácter contributivo del sistema. La realización de actividad profesional obliga, en

²⁹ Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica que, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley, dio lugar a la Ley 36/2003, de 11 de noviembre. *Vid.* Orden TAS/368/2004, de 12 de febrero, por la que se desarrollan las normas sobre cotización contenidas en la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004.

³⁰ Este supuesto no existía en la normativa anterior constituida por la Orden de 18 de julio de 1991 pues el artículo 112 bis LGSS que contempla la exención de cotización por contingencias comunes salvo Incapacidad Temporal para los trabajadores con 65 o más años y 35 años de cotización efectiva fue introducido por el Real Decreto-Ley 16/2001, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley y aprobado como Ley 35/2002, de 12 de julio.

³¹ *Vid.* PANIZO ROBLES, J.A., «El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 49, 2004, pág. 95.

todo caso, a la cotización al sistema que se financia así con las aportaciones de todos y cada uno de los sujetos obligados [empresario y trabajador; trabajador por cuenta propia; en algún caso (empleado de hogar no exclusivo), únicamente el propio trabajador por cuenta ajena]. La única peculiaridad, que no es poca, estriba en que no se condiciona el derecho a la protección a que el trabajador acredite una bolsa de cotizaciones previas cuya falta de concurrencia le excluya de la protección del sistema.

Por lo demás, en muchas de las prestaciones –fundamentalmente las pensiones de carácter vitalicio– se exige un *período de carencia cualificado* o específico, es decir, que parte de las cotizaciones queden comprendidas dentro de un período concreto en relación a la fecha del hecho causante, carencia cualificada que manifiesta o abunda nuevamente en el carácter contributivo, reduciendo el ámbito subjetivo de la protección. No sólo es necesaria o exigible una determinada cantidad de cotizaciones previas, sino que dicho ahorro tiene que haberse producido en un tiempo concreto y determinado. Es evidente el fuerte impacto que la exigencia de esta carencia cualificada tiene sobre el posible disfrute de las prestaciones de Seguridad Social, y concretamente, en lo que respecta a los dos pilares básicos de cualquier sistema de Seguridad Social: las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. Para poder disfrutar de la protección por dichas prestaciones, no basta con que el sujeto haya contribuido a la financiación del sistema con sus cotizaciones, sino que éstas deben haberse realizado en un determinado período, *dies a quo* marcado por la actualización de la situación de necesidad protegida (fecha del hecho causante). Con todo, es necesario distinguir si el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante o si, por el contrario, accede a la protección desde una situación de no alta o asimilada.

Por lo que se refiere, en primer lugar al acceso a las prestaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de enfermedad común y jubilación desde la situación de **no alta**, se exige un período de carencia genérico cifrado en quince años, de los cuales tres deberán estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (incapacidad permanente) o dos dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la misma fecha (jubilación). Sin embargo, no se exige carencia cualificada o específica para causar derecho a la pensión de viudedad, orfandad o a favor de otros familiares, cuando el causante no se encontrase en alta o situación asimilada, supuestos en los que se exige la misma carencia genérica de 15 años. En definitiva, que el máximo apartamiento o desvinculación que se admite del trabajador respecto de la actividad profesional son siete años, para acceder a la incapacidad permanente, o trece años para acceder a la pensión de jubilación, pues desde la situación de no alta o asimilada no cabe el acceso a la jubilación a edad anterior a los 65 años (art. 161.5 LGSS).

Cuando el trabajador se encuentra en **alta o situación asimilada al alta**, los períodos de carencia se reducen considerablemente, con la salvedad de la pensión de jubilación para la cual, desde la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, el período de carencia ha quedado unificado con el antes señalado, aunque también concurre la exigencia de una carencia cualificada³². Así, en materia de incapacidad per-

³² Con anterioridad a la citada Ley 24/1997, el período de carencia mínimo eran también 15 años pero la carencia específica de 2 años debía reunirse en los 8 años inmediatamente anteriores. Esta ampliación del período de carencia a 15 años fue obra de la Ley 26/1985, de 31 de julio, que incrementó la cuantía de la carencia hasta entonces establecida en 8 años.

manente, el período de carencia es diferente según la edad del trabajador: si el sujeto causante tiene menos de 26 años, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplió los 16 años y la edad del hecho causante de la pensión [art. 138.2 a) LGSS]; cuando el trabajador tiene cumplidos los 26 años de edad, el período de carencia será un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y en día del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años, debiendo estar comprendida, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante [art. 138.2 b) LGSS]. Queda fuera de esta regla la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (prestación no afectada por la reforma que operó sobre la materia la Ley 26/1985, de 31 de julio) en cuyo caso el período de carencia es de 1.800 días, que deben estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se extinguió la Incapacidad Temporal de la que derive la Incapacidad Permanente [art. 138.2 *in fine* LGSS]. Como se ha señalado, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social modificó el período de carencia exigible en tal supuesto remitiendo, para el acceso a la prestación desde la situación de no alta, a las mismas reglas de edad y cotización previstas para el acceso desde la situación de alta.

Dado que el *dies a quo* para el cómputo del período de carencia es el día de hecho causante, los efectos excluyentes de la carencia específica se agravan en los supuestos en que se accede a las prestaciones desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar. En efecto, son varias las situaciones asimiladas al alta en las que el trabajador está excluido de la posibilidad de cotizar (la antigua invalidez provisional –ahora la prórroga de la IT regulada en el art. 131 bis LGSS–, desempleo, excedencia forzosa...). Estas negativas consecuencias fueron matizadas por la jurisprudencia con lo que se conoce como la «doctrina del paréntesis». La doctrina del paréntesis –que también cuenta con una aplicación en materia de cálculo de bases reguladoras, como con posterioridad se señalará– cuyas raíces ubicaba el Tribunal Supremo en la innegable índole social del problema, inseparablemente unido al fin protector que es inherente a cualquier sistema de la Seguridad Social, suponía la caracterización de dichos períodos en alta y sin obligación de cotizar, como un «*paréntesis de imperiosa exclusión del deber de cotizar retrotrayendo el período de carencia específica a la fecha de cese (...)*» de la obligación de cotizar (en el supuesto examinado ³³, el cese en la situación de desempleo subsidiado). Esta doctrina, finalmente, ha sido recogida por el legislador (ya lo había sido por la Administración) que prevé ahora expresamente, y tanto para la pensión de jubilación [art. 161.1 b) párrafo segundo LGSS] como para las pensiones de incapacidad permanente [art. 138.2 b) párrafo segundo LGSS, añadido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social] y las pensiones derivadas de muerte y supervivencia (art. 174.1 párrafo primero en la nueva redacción operada por la Ley 52/2003, señalada) que, cuando se acceda a dichas pensiones desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, el período de carencia específico se computará, hacia atrás, desde que cesó la obligación de cotizar.

La base de cotización se integra por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado o la que efectivamente perciba de ser superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. Las pagas

³³ Vid. STS de 1-7-1993 (RJ 1993, 6879), en sentencia referida al cómputo de la carencia específica en un solicitante de pensión de jubilación en paro involuntario e inscrito como demandante de empleo, continuada por la STS de 10-12-1993 (RJ 1993, 9771).

extraordinarias o cualquier otro concepto de devengo superior al mes se prorratean a lo largo de los doce meses del año (art. 106 LGSS). Con todo, existen determinados conceptos, de carácter extrasalarial, que no integran la base de cotización. Su carácter indemnizatorio o, más en general, el presentar la característica de no retribuir la prestación de servicios aunque se trate de cantidades abonadas «con ocasión» de la misma, les excluye de la obligación de cotización lo que, lógicamente, redundará en su falta de cómputo también a efectos de la base reguladora de las prestaciones, la cual se calcula, como se ha señalado, en función de las bases de cotización acreditadas en un determinado período de tiempo. Las horas extraordinarias integran la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y constituyen, a su vez, una base de cotización adicional específica, pero no integran la base de cotización de contingencias comunes. O lo que es lo mismo, aunque la realización de horas extras también implica la necesidad de cotización y por los mismos tipos que las contingencias comunes (salvo que se trate de horas extraordinarias estructurales o de fuerza mayor, en cuyo caso el tipo se reduce considerablemente), se cotizan de forma separada al grueso de la cotización de contingencias comunes. La razón de ser de esta escisión radica en que las horas extraordinarias nunca integran, a efectos del cálculo de las prestaciones de contingencias comunes, las bases reguladoras de las mismas. Se configura así como un sistema de recaudación de recursos para el sistema de la Seguridad Social pero que no redundan en el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social. Se produce así una situación un tanto paradójica: por un lado, y desde el punto de vista de las políticas de empleo, el ordenamiento jurídico prefiere la contratación de trabajadores antes que la realización de horas extraordinarias con lo que «castiga» la realización de horas extraordinarias mediante su exclusión a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones pues su «coste» para el empresario es exactamente el mismo que una nueva contratación. Desde el punto de vista del sistema de Seguridad Social, sin embargo, se configura como un magnífico sistema de recaudación de cuotas pues lo recaudado no tiene, en contingencias comunes, repercusión alguna sobre el coste de las prestaciones.

Por lo demás, y aunque la cotización al sistema se efectúe sobre las percepciones salariales señaladas, el sistema rompe la contributividad en la cotización mediante el establecimiento de bases, mínimas y máximas, de cotización (contingencias comunes) y topes mínimos y máximos de cotización (contingencias profesionales), si bien hay que anticipar que las últimas reformas han modificado parcialmente el régimen jurídico de las bases máximas. En efecto, desde la desaparición del sistema de cotización por bases tarifadas operada por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social³⁴, ningún trabajador podía coti-

³⁴ Como ha explicado GARCÍA NINET [Cotización-Recaudación 1. Sistema y Régimen General, en *Atlas Laboral*, Barcelona (CISS), actualización periódica], en el pasado fueron muy numerosas las normas dictadas –en muchos casos con una clara vocación coyuntural– para la regulación de la tricotomía salario-cotización-prestación. Mientras inicialmente las prestaciones se calculaban desconectadas de las bases de cotización –por lo que el hecho de que el concepto de salario fuera amplio únicamente repercutía en la recaudación (incrementándola) pero no en el momento del pago–, el incremento del coste para la empresa que la cotización implicaba («costes difícilmente asimilables por la economía de la empresa», Decreto-Ley de 23 de marzo de 1956) llevó, en un largo avatar histórico que a la par que la reducción de costes buscaba la elevación de la capacidad adquisitiva del trabajador, al establecimiento de exenciones de cotización sobre las mejoras salariales voluntarias establecidas por la empresa (consecuencia de la nueva política de liberalización de salarios, Decreto de 21 de marzo de 1958), las primas de producción, y los demás incentivos y remuneraciones por rendimiento, exenciones que, sin embargo, no alcanzaron a los Regímenes de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales,

zar, por contingencias comunes, por cantidad inferior a las bases mínimas ni superior a las bases máximas, en ambos casos fijadas por categorías profesionales mientras que, en lo que se refería a las contingencias profesionales, los topes mínimos y máximos de cotización eran de aplicación general sin distinción entre categorías profesionales al depender la cuantía de esta cotización del riesgo que entraña la actividad realizada, riesgo que está desvinculado de la categoría profesional. El tope máximo de cotización resultaba aplicable también en supuestos de pluriempleo (art. 110.2 LGSS).

No obstante, en la actualidad (disp. trans. decimoquinta LGSS introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio ³⁵), la base máxima de cotización de todas las categorías coincide con el tope máximo de cotización, en un intento de acortar las distancias entre la base de cotización y el salario real, pero aquél sigue configurado como un tope insuperable. En definitiva, que la cotización del trabajador está techada o topada, de tal manera que el sistema pierde posibilidades de recaudación pues, en

donde se mantuvo la cotización por salarios reales. Lógicamente, este sistema determinó un gran distanciamiento entre los salarios reales y los salarios a efectos de cotización lo que implicaba un base reguladora de prestaciones, cuando éstas eran requeridas, ínfima –salvo las profesionales en las que, como se ha dicho, continuaba la cotización sobre salarios reales–. Para atajar los graves efectos que este régimen de libertad en la fijación de las retribuciones determinó sobre el sistema de seguros sociales –que se vio agravado por su generalización a partir de la entrada en vigor de la Ley de Convenios Colectivos de 24 de abril de 1958– se dictó el Decreto 56/1963, de 17 de enero, para el establecimiento de unas Bases Tarifadas. Dichas bases, partiendo de los salarios mínimos aprobados también por dicha norma, y de carácter interprofesional, se estructuraban en doce niveles, mínimos y máximos (7 de carácter mensual y 5 diarios), base que sin embargo no regía para el Seguro de Accidentes de Trabajo en el que continuaba la cotización sobre el total de las remuneraciones percibidas, pues en el mismo no existía el citado desfase al cotizarse sobre salarios reales. El nuevo sistema de Seguridad Social instaurado con la LBSS de 1963 y el Decreto de 21 de abril de 1966 no afectó al sistema de cotización por bases tarifadas más allá de establecer un tope máximo de las bases de cotización único para todas las actividades y categorías profesionales, aplicable incluso en los supuestos de pluriempleo. Este sistema de bases tarifadas –hay que recordar que establecido para acercar el salario de cotización al salario real– seguía distanciado de la realidad, lo que determinó su supresión por la Ley 24/1972, de 21 de junio, si bien mantuvo los topes mínimo (coincidente con el salario mínimo interprofesional) y máximo (fijado anualmente por el gobierno).

³⁵ «De conformidad con las previsiones del apartado 1 del artículo 110 de esta Ley, los importes de las bases máximas de cotización por contingencias comunes, aplicables a las distintas categorías profesionales, deberán coincidir con la cuantía del tope máximo de las bases de cotización previsto en el citado apartado. A tal efecto, continuando el proceso iniciado en el ejercicio 1997, se procederá a la aproximación de las cuantías de las bases máximas de cotización de los grupos 5 al 11, ambos inclusive, en los términos que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio económico, de modo que en el año 2002 se alcance la equiparación de los importes de las bases máximas de cotización de los indicados grupos, con la cuantía del tope máximo». La Orden TAS/368/2004, de 12 de febrero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional contenidas en la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, fija en tope máximo de cotización para 2004 en 271,50 Euros y en la misma cuantía las bases máximas de cotización por contingencias comunes de todos los grupos de cotización (1 a 7) cuya retribución es mensual.

Sobre este particular, la recomendación n.º 3 del Pacto de Toledo señalaba: «Las bases de cotización deberán coincidir en todos los grupos plenamente con los salarios reales con aplicación gradual de un único tope de cotización para todas las categorías laborales que fija el techo de aseguramiento del sistema público de protección». Por su parte, la Recomendación n.º 9 abogaba por la pertinencia del mantenimiento de un tope máximo de prestación en el sistema público de Seguridad Social en la línea expuesta anteriormente de una mayor proporcionalidad con el esfuerzo contributivo.

Igualmente, el Dictamen n.º 8 del Comité Económico y Social (Sesión Extraordinaria del Pleno de 27-11-1996) sobre el Anteproyecto de Ley de Consolidación y de Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, a la propuesta de supresión de los límites de cotización señalaba: «la persistencia de los límites de cotización en algunos grupos profesionales ocasiona una falta de coincidencia de los salarios con las bases de cotización y, por tanto, una no adecuación del esfuerzo contributivo de algunos colectivos a las necesidades de mantenimiento del sistema. La corrección de tales desequilibrios merece un juicio positivo si se considera que con ello se trata de reforzar la equidad y la contributividad del sistema, avanzando en la mejora de la proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones».

determinados niveles retributivos, es fácil que la retribución quede por encima del tope máximo de cotización, si bien es verdad que, desde el punto de la «proporcionalidad y la contributividad», también el sistema en materia de prestaciones está limitado pues, en ningún caso, puede el trabajador percibir con cargo a fondos públicos una prestación superior a la establecida como pensión máxima (art. 47 LGSS) ³⁶ sin olvidar, por otro lado, la existencia de topes máximos también predicables de las bases reguladoras de las prestaciones (art. 110 LGSS).

En definitiva, que la contributividad encuentra considerables matizaciones: la exclusión de la base reguladora de las prestaciones de lo cotizado por horas extras; la exclusión de la obligación de cotizar de las cantidades que superen el tope máximo de cotización; la imposibilidad de que la base reguladora de las prestaciones supere el tope máximo fijado; así como, igualmente, el límite máximo de pensión pública. Con todo, como se ve claramente, se trata de instrumentos o matizaciones bien diferentes en sus efectos, porque diferente es o fue su funcionalidad. En unos casos, la matización de la contributividad la percibimos en el momento del cálculo de las prestaciones, pero sin que se atenúe en la anterior y primera obligación de cotizar (la falta de cómputo de las horas extraordinarias para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias comunes y el límite de la base reguladora) operando así como un mecanismo que cumple una función aparentemente de redistribución de rentas ³⁷. En otras ocasiones, la atenuación se produce *ab origen*, en el momento de la cotización (base máxima y tope máximo de cotización) lo que determina, desde la perspectiva del trabajador, una limitación en su protección pública, pero que se ve compensada por la falta de cotización de parte de su retribución. Finalmente, la limitación en la cuantía de la pensión pública que se configura así como un techo de protección pública insuperable ³⁸, que aunque encuentra en su camino el inicial límite del tope máximo de cotización, es autónomo respecto de aquél, lo que tiene su importancia en supuestos de pluriactividad en los que, siendo aplicable el primero, no lo es el segundo.

En todo caso, es preciso cuestionarse si el tope máximo de pensión pública está necesariamente vinculado al establecimiento de topes máximos de cotización o si, por el contrario, es posible desligar el tratamiento normativo de una y otra cuestión, manteniendo el tope máximo de pensión pero suprimiendo el tope máximo de cotización, de tal forma que la Seguridad Social pudiera operar como un mecanismo o instrumento no sólo de protección social sino también, en alguna medida, como mecanismo de redistribución de rentas; o si, por el contrario, resulta conveniente la supre-

³⁶ La previsión actualmente contenida en el artículo 47 LGSS que supone el establecimiento de un techo de pensión pública fue introducida por primera vez por la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, con una clara vocación temporal y fue sucesivamente recogida en las posteriores Leyes anuales de Presupuestos hasta su definitiva «recepción» en el Texto Refundido de 1994, limitación que fue declarada constitucional por la STC 134/1987, de 21 de julio. El Tribunal Constitucional reitera dicha doctrina en posteriores SSTC 199/1990, de 10 de diciembre; STC 144/1991, de 1 de julio; STC 201/1991, de 28 de octubre; STC 202/1991, de 28 de octubre, entre otras. Como se ha señalado ha sido recientemente modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

³⁷ Un análisis sobre el falso efecto redistributivo de rentas en DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., «Manual de Seguridad Social», Pamplona (Aranzadi), 2.ª edición, 1979, págs. 137 y ss.

³⁸ En su aparición respondieron a realidades diferentes. Mientras el tope máximo de cotización apareció en 1972 a consecuencia de la desaparición del sistema de bases tarifadas que operó la Ley 24/1972, de 21 de junio, el tope máximo de pensión pública apareció con vocación coyuntural, como ya se ha señalado, en la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984.

sión del tope máximo señalado. Realmente, la relación entre ambas cuestiones depende de la configuración que el legislador –el cual cuenta, según el Tribunal Constitucional, con un amplio margen de actuación, al tratarse nuestro sistema de Seguridad Social de un sistema de configuración legal– decida realizar del sistema de Seguridad Social y, concretamente, del nivel de solidaridad que está dispuesto a admitir en el nivel contributivo de prestaciones. Los últimos años –iniciados a partir del Pacto de Toledo, tendencia que se acentúa a partir de 1997– son claramente demostrativos de que el legislador, en una opción política concreta, ha decidido que el carácter mixto de nuestro sistema de Seguridad Social se alcance a través del mantenimiento de prestaciones no contributivas sometidas a su propia lógica, dejando el nivel contributivo de prestaciones a la actuación cada vez mayor de los principios de proporcionalidad y contributividad, descartando su funcionalidad como instrumento re-distributivo. Se produce así una situación paradójica en un sistema respecto del que, reiteradamente, se nos anuncia su insuficiencia financiera como causa justificativa para una reducción de los niveles de protección: los niveles salariales más altos se encuentran con que una parte de su retribución está «exenta» de cotización a la Seguridad Social, lo que les permite dedicar parte de esas cantidades que podrían repercutir en todo el sistema para aligerarle de sus no discutidas dificultades financieras, en favor de instrumentos privados de previsión, pensiones complementarias lógicamente no sujetas al tope máximo de pensión pública. Hay que recordar que los tipos de cotización a la Seguridad Social no son progresivos, o lo que es lo mismo, no gravan en mayor medida las rentas salariales más altas sino que, por el contrario, son tipos fijos con independencia del nivel salarial. Al estar estructurado sobre la técnica del seguro privado en el que la cuota u prima se articula sobre la noción de riesgo, se aparta claramente del concepto de tributación. Como se ha dicho, las posibilidades son muchas: el propio Tribunal Constitucional hace pocos años ³⁹ en un contexto legislativo bastante diferente del actual, declaraba el progresivo acercamiento del sistema de la Seguridad Social desde el esquema contributivo al concepto de tributación negando a la cuota de cotización la cualidad de prima de seguro de la que derivara necesariamente el derecho a la prestación, si bien es verdad que, en otros pronunciamientos ⁴⁰, el Tribunal Constitucional ha declarado la todavía presencia de elementos contributivos del sistema, pero normalmente en un contexto de justificación de determinadas instituciones demasiado apegadas al esquema contributivo y, por tanto, supuestamente contrarias al modelo constitucional del artículo 41 CE. En todo caso, y partiendo de la multitud de combinaciones posibles entre ambos parámetros, es necesario recordar que la técnica concreta que el legislador decida acoger debe ser el reflejo de un modelo coherente de Seguridad Social y, dentro de éste, es en la actualidad singularmente importante la relación entre las instancias públicas y privadas de previsión sin olvidar en este aspecto la importancia del tratamiento fiscal de instrumentos privados de previsión tanto en lo que suponen en el momento de la aportación del capital al fondo de pensiones o planes de previsión asegurados como en el momento del rescate de los mismos.

Por lo que se refiere a las cuantías mínimas de las pensiones, el artículo 50 LGSS establece en favor de los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, siempre que no perciban rentas de capital o trabajo personal que excedan del límite fijado anualmente por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, el derecho a percibir los complementos

³⁹ STC 39/1992, de 30 de marzo (Sala Segunda). En el mismo sentido, STC 103/1983, STC 65/1987, STC 17/1987 y 189/1987.

⁴⁰ STC 70/1991, de 8 de abril. Anteriormente, STC 121/1983, de 15 de diciembre.

necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones que, también con carácter anual, dispone la norma presupuestaria. Se trata de un mecanismo corrector de la excesiva contributividad del sistema en cuanto garantiza a los pensionistas contributivos, y con base en el principio de solidaridad, la percepción de una cuantía mínima de pensión si dicha cuantía no se alcanza por la aplicación estricta de los parámetros contributivos señalados: la base reguladora correspondiente y el porcentaje aplicable. En cuanto que «complementan» pensiones contributivas, para cuya concesión ha sido preciso el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para las mismas, y singularmente la realización de la actividad profesional determinante de la inclusión en el nivel contributivo del sistema (del que derivan la necesidad de alta y el período de carencia previo), es un mecanismo de naturaleza contributiva. En cuanto su concesión está supeditada a la insuficiencia de recursos del beneficiario y, además, su cuantía es independiente en su fijación de la cotización del trabajador, participa de una cierta naturaleza asistencial. Esta naturaleza dual ha sido, no obstante, terminantemente atajada por la Ley 24/1997, de 15 de junio, que a través de la modificación del artículo 86.2 LGSS, ha fijado el carácter no contributivo de los complementos a mínimos, previsión que hay que completar con la disposición transitoria decimocuarta LGSS (introducida por la misma norma pero modificada posteriormente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), que establece la aplicación paulatina de su financiación con cargo a Presupuestos Generales del Estado, en un plazo máximo de 12 años a contar desde el 1 de enero de 2002 y disponiendo, hasta entonces, la financiación parcial entre aportaciones del Estado y el resto de recursos del sistema. Esta mutación de la naturaleza jurídica de los complementos por mínimos y, singularmente, el hecho de que su financiación se vaya a operar fuera del cauce de las cuotas de la Seguridad Social resulta bastante cuestionable desde la óptica de su «complementariedad» así como desde el punto de vista de la función que dicho mecanismo venía cumpliendo como manifestación de la solidaridad profesional, sobre la que tradicionalmente se ha estructurado el nivel contributivo de la Seguridad Social. La llamada ahora a la solidaridad nacional en la financiación de estos complementos abunda en la idea de un sistema mixto de Seguridad Social alcanzado a través de dos vías diferentes y sin comunicación entre ellas: la contributiva, sujeta en todos sus aspectos y, entre ellos, los mecanismos para el cálculo de las prestaciones, a la lógica estricta y sin matizaciones de la proporcionalidad y contributividad con fundamento en la solidaridad profesional, y la no contributiva, universalista y financiado con base en la solidaridad nacional.

Por lo demás, no puede dejar de señalarse la directa incidencia que sobre el efectivo reconocimiento de complementos por mínimos pueden tener algunos de los cambios normativos operados recientemente, tales como el cambio de cotización de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario operado por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, al que con posterioridad me referiré y el incremento de la cuantía de la pensión de viudedad hasta el 70% cuando los rendimientos anuales del pensionista no superen un determinado límite de ingresos, tenga cargas familiares y los rendimientos del conjunto de la unidad familiar no superen, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, con exclusión de las pagas extraordinarias (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), aspecto que también se expone con posterioridad con mayor detalle.

Por lo demás existen otros muchos elementos que, específicamente en la regulación del período de carencia, desdican o matizan la «proporcionalidad» del sistema en lo que se refiere al cómputo de cotizaciones. No es posible establecer un tratamiento unitario de estos supuestos: en unos casos,

se trata de una construcción jurisprudencial o encuentran su origen en la misma, como ya se ha señalado respecto de la teoría del paréntesis en su aplicación a la carencia específica o cualificada. En otros, obedecen a políticas de fomento del empleo de determinados colectivos. En otros, responden a determinadas políticas en materia de Seguridad Social como puede ser el fomento del retraso en el acceso a la jubilación. A veces, se trata de mecanismos tradicionales que establecen la obligación de cotizar durante determinados períodos de suspensión contractual, es decir, de inactividad profesional, que luego redundan en la «carrera de seguro». En otras ocasiones son ficciones de cotización, con fundamentos más o menos diversos; es decir, períodos a los que la norma otorga la consideración de cotizados pese a la inexistencia de dicha cotización.

Efectivamente, y en primer lugar, existen numerosos supuestos que contemplan *cotizaciones ficticias* a efectos variados y que responden a finalidades diversas. A veces encuentran su justificación en normas de derecho transitorio, concretamente en el tránsito del antiguo sistema de seguros sociales al actual sistema de Seguridad Social o, ya dentro de éste, a los distintos y frecuentes cambios normativos que llevan al legislador a prever mecanismos de transición: así, por ejemplo, cabe señalar, para el acceso a la pensión de jubilación, la equiparación de la afiliación al antiguo Retiro Obrero a 1.800 días de cotización, es decir, que el simple hecho de haber estado afiliado al Retiro Obrero ya determina el cómputo de 1.800 días cotizados a efectos del período de carencia para el acceso a la jubilación, si bien tal ficción es limitada, pues no se computa, ni para la concreción del porcentaje aplicable, ni para el cálculo de la cuantía de la pensión ⁴¹; o la disposición transitoria segunda.3 LGSS que otorga, también a efectos de la pensión de jubilación, pero sólo a efectos de determinar el número de años de cotización del que depende la cuantía de la pensión de jubilación ⁴², un número de cotizaciones ficticias tomando como base la edad del trabajador en la fecha de entrada en vigor del actual sistema de Seguridad Social (1 de enero de 1967) siempre y cuando el trabajador con anterioridad a 1 de enero de 1967 hubiera cotizado al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (en adelante, SOVI) o al Mutualismo Laboral durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1966 ⁴³ y sin necesidad de que el trabajador pruebe la realidad de dichas cotizaciones, bastando con que acredite que durante ese período concurrían los presupuestos necesarios para que se hubieran realizado dichas cotizaciones ⁴⁴; o la disposición transitoria cuarta que establece la aplicación paulatina de los nuevos períodos de cotización establecidos primero por la Ley 26/1985, de 31 de julio y, después, por la Ley 24/1997, de 15 de julio.

Otras veces, la cotización ficticia se utiliza como técnica para el fomento de algún interés público. En este sentido, por ejemplo, cabría conceptuar la prestación familiar en su modalidad contributiva que ha quedado, tras la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, como la única prestación familiar de naturaleza contributiva y que con-

⁴¹ Resolución de 22 de diciembre de 1987 y SSTS de 17-10-1988 y de 19-6-1996 (RJ 1996, 5177).

⁴² Vid. Orden de 18 de enero de 1967, por el que se regula el régimen de la prestación por vejez, disposición transitoria segunda.3, que establece la tabla de cotizaciones ficticias en desarrollo de la LGSS.

La STS de 26-6-2000 (RJ 2000, 5965) reitera que dicha cotización ficticia es a los solos efectos «(...) de determinar el número de años de cotización, del que depende la cuantía de la vejez, norma de la que no cabe deducir una mayor extensión del beneficio para completar el período de carencia».

⁴³ SSTS de 28-11-1995 (RJ 1995, 8768) y de 1-6-1998 (RJ 1998, 4936).

⁴⁴ STS de 10-2-1997 (RJ 1997, 1248).

siste en la consideración como período de cotización efectiva del primer año de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. Inicialmente introducida esta prestación contributiva por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, se contemplaba como una forma de completar la nueva regulación que del permiso de maternidad había llevado a cabo la Ley 3/1989, de 9 de marzo, por la que se amplió la duración del permiso de maternidad a 16 semanas facilitando así que tales medidas no incidieran negativamente sobre la carrera del seguro interrumpiéndola⁴⁵. De interés público es también, sin duda, el fomento del empleo, siendo habitual el recurso a subvenciones y bonificaciones en la cotización para el fomento de la contratación de determinados colectivos especialmente castigados por el desempleo o respecto de los cuales se considera necesario el fomento de su contratación⁴⁶. Con todo, desde el punto de vista del período de carencia como requisito de acceso a las prestaciones, no se ve afectado pues dichas cotizaciones son asumidas por el Estado con cargo a presupuestos, normalmente del INEM⁴⁷ u otros presupuestos públicos. Por lo demás, las citadas bonificaciones se predicán de la aportación empresarial por contingencias comunes y no de la aportación del trabajador pues, en definitiva, la voluntad de contratar debe incentivarse en quien tiene el poder de llevar a cabo dicha contratación, incidiendo así en la reducción de los colectivos desempleados cuya carencia de empleo redunda negativamente sobre el sistema de protección por desempleo.

También respondiendo a políticas de fomento de un interés público –en este caso, el retraso en el acceso a la condición de pensionista de jubilación, lo que redunda directamente en un ahorro en el gasto inmediato de pensiones–, la Ley 35/2002, de 12 de julio, con base en la disposición adicional vigésima sexta LGSS introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, introdujo el artículo 112 bis LGSS, en cuya virtud se exime de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de estas contingencias (previsión extendida también a la cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional por el párrafo tercero de la disp. adic. vigésima primera LGSS introducido por la Ley 35/2002, de 12 de julio), tanto a los empresarios como a los trabajadores y respecto de éstos por cuenta ajena vinculados por contratos de trabajo de carácter indefinido, cuando en ellos concurra una doble circunstancia: tener cumplidos 65 años de edad y acreditar 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social sin que a estos efectos se compute la parte proporcional de pagas extras, es decir, los días-cuota. Se produce así una exoneración de la cotización en sujetos que tienen cumplido sobradamente el período de carencia de la única prestación a la que van a poder acceder: la jubilación⁴⁸. Esta ruptura de la contributividad, sin embar-

⁴⁵ Decía la Exposición de Motivos sobre este particular: «Otra novedad importante, entre las prestaciones por hijo a cargo, es la equiparación del tiempo de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijo, a período de cotización efectiva a la Seguridad Social, de forma que los trabajadores que hagan uso del derecho a la citada excedencia, no vean interrumpida su carrera de seguro completándose así la protección dispensada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁴⁶ Vid. artículo 44 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece el Programa de Fomento del Empleo para el año 2004.

⁴⁷ El artículo 44.Siete de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, citada, establece que las bonificaciones establecidas por la propia norma se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Instituto Nacional de Empleo.

⁴⁸ La exoneración no se produce respecto de las contingencias profesionales, ni respecto de la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes aunque sí respecto de desempleo, FOGASA y formación profesional por mandato de la nueva disposición adicional vigésima primera introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio. A la maternidad y riesgo por embarazo, por evidentes razones están excluidos incluso en el supuesto de maternidad por adopción, imposible a dicha edad;

go, se ve atenuada en sus efectos porque la única forma de asegurar de forma completa el mantenimiento de la base reguladora para el cálculo de la futura pensión de jubilación por encima del sistema de cálculo de la base reguladora que garantiza el artículo 162.6 LGSS ⁴⁹, es mediante la suscripción de convenio especial por parte del trabajador y financiado por el mismo, con una cuota que, además, no se ve adecuada a la limitación que de la acción protectora del convenio especial se deriva, pues al trabajador que tenga cumplidos 65 años y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación no se le reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes (art. 138.1 párrafo segundo LGSS). Por lo demás, los años exonerados de cotización se computan a efectos de aumentar la cuantía del porcentaje aplicable a la base reguladora prevista en el artículo 163.2 LGSS por encima del 100%.

También es cotización ficticia, pero limitada al cómputo del período de carencia de la pensión de incapacidad permanente, la previsión según la cual a tales efectos se computa como cotizado todo el período de incapacidad temporal, aunque la misma no se haya agotado ⁵⁰. Con esta atribución

a la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes no se puede acceder cuando el trabajador, en la fecha del hecho causante, tiene 65 años de edad y reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social (art. 138.1 párrafo segundo LGSS). Tampoco se puede acceder a la protección por desempleo al prever el artículo 207 c) LGSS como requisito para dicha prestación no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para cursar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que no tuviera acreditado el período de carencia o se tratara de supuestos de desempleo parcial. El trabajador con 65 años que opte por permanecer en activo pero no reúna los requisitos para que se aplique la exoneración de cotización, no tiene derecho a la protección por desempleo de forma que, si pierde su empleo, se impone necesariamente su jubilación. *Vid.* sobre el particular, GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., «Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la protección en el nivel contributivo de prestaciones», *Tribuna Social* n.º 150, junio 2003.

⁴⁹ Artículo 162.6 LGSS: «Por los períodos de actividad por los que no se hayan efectuado cotizaciones por contingencias comunes, en los términos previstos en el artículo 112 bis, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones excluidas de cotización, las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico exentas de cotización no podrán ser superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado más dos puntos porcentuales. En su desarrollo, el artículo 12 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, establece las siguientes reglas:

- 1.ª Se tomarán las bases por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que sean superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado, más dos puntos porcentuales.
- 2.ª Si las bases de cotización fuesen superiores al promedio de las del año anterior, incrementadas según lo dispuesto en la regla 1.ª, se tomará como base de cotización dicha cuantía.
- 3.ª A efectos del cálculo del promedio citado en la regla 1.ª, se tomarán las bases de cotización correspondientes a la actividad y empresa por la que esté exonerado de cotización y por jornada equiparable a la que se esté realizando.
- 4.ª Si no existieran bases de cotización en todas las mensualidades del año natural anterior, se tomará el promedio de las bases de cotización que existan, dividido por el número de meses al que las mismas correspondan.
- 5.ª De no existir bases de cotización por la actividad que se encuentra sujeta a la exoneración de cuotas, se tomarán las bases de cotización que tenga el interesado por trabajos por cuenta ajena realizados durante el año anterior al comienzo de dicha exoneración, en jornada equiparable a la que se encuentre exenta de cotización.
- 6.ª De no existir bases de cotización en el año anterior, se tomarán las bases de cotización del primer año en que existan, calculando el promedio citado en la regla 1.ª y aplicando las reglas citadas en los apartados anteriores. Dicho promedio se incrementará en el porcentaje de variación media del año o años naturales anteriores hasta llegar al año correspondiente al del período de exoneración de cuotas.

⁵⁰ Artículo 4.4 Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre (nueva redacción operada por RD 4/1998, de 9 de enero): «4. En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o en prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecida en el párrafo a), apartado 1, del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente».

legal de cotizaciones «ficticias» se evita hacer de peor condición –respecto del requisito de la carencia– al trabajador que no ha agotado el período previo de incapacidad temporal de la que habitualmente debe derivar la incapacidad permanente respecto del que sí la ha consumido en su duración máxima [12 meses prorrogables por otros 6 cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación [art. 128.1 a) LGSS].

En determinados casos, el sistema mantiene, no obstante, la cesación en la prestación de servicios, la obligación de cotizar, obligación de cotizar que luego redundará en el cálculo del período de carencia ⁵¹: así ocurre durante la suspensión del contrato por Incapacidad Temporal, Maternidad y Riesgo por Embarazo, cumplimiento de deberes de carácter público, desempeño de cargos de representación sindical –siempre que estos dos no den lugar a excedencia en el trabajo o cese en la actividad–, la suscripción de convenio especial, el desempleo contributivo y asistencial (art. 13 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social). En los casos de suspensión del contrato señalados, la obligación se predica de los sujetos normalmente obligados: el empresario y el trabajador. En el supuesto de desempleo, la cotización forma parte del contenido de la acción protectora dispensada (art. 206 LGSS) si bien el alcance es muy diferente en el nivel contributivo y en el nivel asistencial. En el primer caso, la entidad gestora abona la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social salvo en el supuesto de desempleo parcial ⁵² –en cuyo caso la empresa mantiene la obligación de cotizar–, así como el 35% de la aportación del trabajador (art. 214.1 LGSS). En todo caso hay que tener en cuenta que se trata de una cotización limitada pues no comprende –en el caso de desempleo total– las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, FOGASA y Formación Profesional (art. 214.3 LGSS). Por lo que se refiere al desempleo asistencial, forma parte del contenido de su acción protectora el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria (*sic*), protección a la familia (*sic*) y, «en su caso», jubilación (art. 206.1.2 LGSS). Realmente, la cotización por jubilación en el desempleo asistencial sólo procede en el supuesto de subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años (art. 218.2 LGSS) y en el supuesto de trabajadores fijos discontinuos cuando, a efectos de reconocimiento del subsidio, el trabajador haya acreditado un período de ocupación cotizada de 180 o más días, cotización que se prolongará durante 60 años. En el caso del subsidio para mayores de 52 años el subsidio se extiende, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación por lo que, durante dicho mismo período se extiende la obligación de cotizar pero las cotizaciones realizadas por la entidad gestora durante la percepción del subsidio en ningún caso tienen validez para acreditar el período mínimo de carencia exigido para el acceso a la pensión de jubilación el cual debe haber quedado acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desem-

⁵¹ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha dado nueva redacción al artículo 124.3 LGSS a fin de adecuar la redacción del anterior a la desaparición de la Incapacidad Laboral Transitoria y la aparición de nuevas prestaciones en las que subsiste la obligación de cotizar. Dispone ahora dicho precepto: «Las cuotas correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o de maternidad, serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones».

⁵² Para el concepto, artículo 203.3 LGSS: «El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos, en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción».

pleo para mayores de 52 años ⁵³. La validez, pues, de dichas cotizaciones, se limita a los efectos del cálculo de la base reguladora y para el cómputo del porcentaje aplicable para el cálculo de la prestación.

También se efectúa cotización y ello repercute a efectos del período de carencia, por la parte proporcional de las pagas extras en aplicación de la teoría del día-cuota [STS de 10-10-1974 (RJ 1974, 3021)] ⁵⁴. Según dicha interpretación jurisprudencial, en cada año natural de cotización se debe incluir la parte correspondiente de las pagas extraordinarias, pues dichas retribuciones de vencimiento periódico superior al mes se prorratean, a efectos de su cotización, en cada uno de los meses ordinarios de cotización. En tanto que por tales retribuciones se ha efectuado cotización, es lógico entender que se computan a los efectos del período de carencia. Quedan, sin embargo, excluidas, a los efectos del cálculo del período de carencia, las pagas extraordinarias adicionales que pudiera reconocer el convenio colectivo sin perjuicio de la trascendencia del mayor salario en la determinación de la base reguladora ⁵⁵.

Especial singularidad presenta el trabajo a tiempo parcial respecto del cual la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad impediría o dificultaría en exceso el acceso a determinadas prestaciones, concretamente a las prestaciones que exigen un amplio período de carencia como son la incapacidad permanente y la jubilación. A tal fin, la disposición adicional séptima LGSS establece como regla general el cómputo exclusivo de las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, si bien comprendiendo junto a las ordinarias, las complementarias, para lo cual se calcula la equivalencia en días teóricos de cotización. Para el cálculo del período de carencia de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, los señalados días teóricos de cotización se multiplican por un coeficiente de 1,5, resultando de tal operación el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los períodos de carencia. Se trata de un lógico apartamiento del principio estricto de proporcionalidad pues entender lo contrario dificultaría en exceso el acceso de estos

⁵³ Disposición adicional vigésima octava LGSS (añadida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Con anterioridad a la Ley 50/1998, la jurisprudencia admitía que dichas cotizaciones sí eran computables para el período de carencia.

⁵⁴ La STS de 24-1-1995 (RJ 1995, 405) se hace eco de la anterior STS de 10-10-1974 citada, y recuerda que la doctrina por ella sentada respecto del cómputo de las cotizaciones por pagas extraordinarias está restringida a la cobertura del período de carencia y cálculo de la cuantía de las bases tarifadas. Queda excluido, sin embargo, a efectos del porcentaje aplicable.

⁵⁵ STS de 22-12-2000 (RJ 2001, 1871). Dicha sentencia reitera la doctrina de la STS de 10-10-1974 citada recordando los dos efectos señalados y añade: «(...) cabe añadir a las anteriores consideraciones que las normas que regulan la relación jurídica de Seguridad Social son de carácter público no disponibles por la voluntad de trabajadores y empresarios, a quienes no les es dado modificar las normas que regulan la relación jurídica de Seguridad Social. La tesis del recurrente de computar a los efectos del período de carencia obligatorio las cotizaciones realizadas no en virtud de las dos pagas obligatorias establecidas en el ET sino de toda aquella que se acordare en Convenio Colectivo incidiría y modificaría el sistema público de Seguridad Social lo que está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Es pacífico que, en el convenio colectivo, pueden establecerse mejoras de Seguridad Social pero también es claro que tales mejoras voluntarias han de hacerse en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales (art. 39.1 LGSS) (...) principios que se quebrarían si se admitiera que los trabajadores que, por su mejora voluntaria salarial en el convenio, tuvieran derecho a más pagas, habrían de tener derecho a una mayor y mejor cobertura del requisito de carencia y ello, naturalmente, sin perjuicio de la trascendencia del mayor salario en la determinación de la base reguladora, conforme a la relación triangular entre salario-cotización-base reguladora, dentro de los límites impuestos por la Ley».

trabajadores a dichas prestaciones. No obstante, no está de más recordar que, históricamente, este sistema de corrección del período de carencia mediante la aplicación del coeficiente de 1,5, procede de la regulación que sobre el trabajo a tiempo parcial, operó el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su estabilidad y aunque en su comparación con la regulación anterior (operada por el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación) resultaba una mejora –pues cifraba el cómputo del período de carencia calculado sobre las horas o días efectivamente trabajados, sin corrección alguna– esta última norma fue dictada con la finalidad de acabar con la jurisprudencia ⁵⁶ que extendió a todas las prestaciones causadas por los trabajadores a tiempo parcial la solución prevista para la prestación de desempleo por el artículo 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, según la cual se computaban los días trabajados como días completos a efectos del período de carencia y con independencia del número de horas de jornada efectiva realizada ⁵⁷. Una cuestión queda sin resolver por la norma y que afecta de forma directa al tema de la proporcionalidad, alterándolo sustancialmente: la discordancia que puede producirse en el parámetro seleccionado para la determinación del día teórico de cotización en aquellos supuestos de jornadas convencionales inferiores a las 1.826 horas anuales utilizadas por la disposición adicional séptima LGSS ⁵⁸.

Por lo demás, se mantiene la proporcionalidad estricta para el resto de prestaciones, salvo para desempleo: muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y riesgo por embarazo. Es importante señalar que aunque el período de carencia para acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia derivada de contingencias comunes y cuando el trabajador está en situación de alta o asimilada es poco exigente (500 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante ⁵⁹), la posibilidad abierta recientemente para acceder a dichas prestaciones desde la situación de no alta o asimilada, supuesto en el que se exige una carencia especialmente ampliada (15 años), puede determinar su total inoperatividad para estos trabajadores. En materia de prestaciones por desempleo, por el contrario, se rompe de forma total la proporcionalidad al computarse cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada ⁶⁰. Por lo demás, y a efectos del cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se computa en forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado (art. 3.4 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial). Igualmente, los períodos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo por embarazo durante los que pervive el contrato de trabajo a

⁵⁶ STS de 26-5-1993 (RJ 1993, 6374).

⁵⁷ Sobre el particular, *vid.* las reflexiones de DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna Social* n.º 85, pags. 88 y ss.

⁵⁸ *Vid.* CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, L., «El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», Granada (Comares), 1999, pág. 165.

⁵⁹ En los supuestos en que se cause desde una situación de alta o asimilada o asimilada sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos 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 cualquier caso, si la causa de la muerte fuere un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización (introducido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Medidas Específicas en materia de Seguridad Social).

⁶⁰ La regla Cuarta disposición adicional séptima LGSS remite a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica, lo que se reitera por el artículo 2.2 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, lo que supone la aplicación del artículo 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

tiempo parcial, así como los períodos de desempleo determinados por la extinción de una relación laboral a tiempo parcial tendrán la consideración también, a efectos de lo previsto anteriormente, que el período de trabajo precedente a la baja médica, al descanso o a la extinción del contrato (art. 3.3 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial). En definitiva, que los trabajadores a tiempo parcial no sólo ven limitada la cuantía de sus prestaciones al calcularse la misma sobre las bases de cotización en función de las horas trabajadas sino que, también en materia del requisito esencial para el acceso a las prestaciones se computan las horas efectivamente trabajadas salvo para el acceso a la jubilación y la incapacidad permanente que reciben un trato parcialmente corregido y la prestación por desempleo, la cual se aparta totalmente del principio o regla de la proporcionalidad.

c) La responsabilidad en el abono de las cotizaciones y prestaciones. Modificaciones legislativas dirigidas a atenuar los mecanismos de garantía pública que aseguran la efectividad de las prestaciones.

También constituye elemento valorativo del nivel de contributividad del sistema de Seguridad Social el tratamiento otorgado a determinadas cotizaciones, bien indebidamente ingresadas, bien ingresadas fuera del plazo legalmente establecido.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las cotizaciones indebidas y con independencia de la operatividad del instituto de la prescripción, que responde al principio general de seguridad jurídica, es importante la valoración de los efectos de determinadas cotizaciones que podrían catalogarse, en general, como indebidas o incorrectamente ingresadas. En general, las cotizaciones efectuadas respecto de personas excluidas del ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social no surten efecto alguno y los sujetos respecto de los que se hubieran ingresado, hayan causado o no derecho a prestaciones, y salvo que hubiesen sido ingresadas maliciosamente, tienen derecho a la devolución de las mismas, previa deducción en su caso del importe de las prestaciones indebidamente percibidas, siempre que unas y otras no sean anteriores a los últimos cinco años (art. 59 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos). Por otro lado, el incumplimiento de la obligación de afiliación y alta no impide el nacimiento de la obligación de cotizar desde el momento en que así se establezca para cada uno de los regímenes del sistema sin perjuicio de la aplicación de la prescripción y sin perjuicio de los efectos de las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la presentación de dichas solicitudes (art. 12 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

Peculiar es la situación de las cotizaciones ingresadas fuera de plazo –lógicamente por períodos de tiempo anteriores al hecho causante– en lo que a los efectos sobre el acceso y cuantía de las prestaciones se refiere y, lógicamente, respecto de las que no se ha solicitado aplazamiento pues en tal caso las cuotas aplazadas son útiles a todos los efectos, siempre, según la jurisprudencia ⁶¹, que

⁶¹ STS de 12-7-2002 (RJ 2002, 10644) y STS de 23-12-2002 (RJ 2003, 2474).

el aplazamiento estuviera concedido antes del hecho causante y que el sujeto estuviera cumpliendo los compromisos adquiridos respecto a los pagos ⁶². Hay que partir de la consideración de que el sujeto responsable de la obligación de cotizar es, en el Régimen General, el empresario, siendo a él a quien se imputa, en caso de incumplimiento, la responsabilidad en materia de prestaciones, si bien con determinadas matizaciones como con posterioridad se señalará. Por el contrario, en los Regímenes Especiales integrados por trabajadores por cuenta propia o en el caso de empleados de hogar no exclusivos –que son los responsables de la cotización pese a tratarse de trabajadores por cuenta ajena– se exige como requisito imprescindible para el acceso a las prestaciones hallarse al corriente en el pago de las cuotas, pues sólo a ellos les es imputable el incumplimiento de una obligación que únicamente a ellos incumbe, obligación que debe cumplirse en el plazo señalado o, en su caso, en el nuevo plazo de haber solicitado un aplazamiento de pago. La cuestión es si el ingreso de las cuotas fuera de dicho plazo tiene consecuencias a efectos de las prestaciones o si, por el contrario, carecen de efecto alguno a tales efectos no siendo computables, ni para el cómputo del período de carencia ni para, en su caso, el porcentaje aplicable para el cálculo de las prestaciones.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los trabajadores por cuenta propia integrados en los distintos Regímenes Especiales, hay que señalar que, tradicionalmente, las consecuencias concretas que se derivaban de la citada infracción eran diferentes según el régimen especial de que se tratara. Mientras en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar las cuotas extemporáneas se computaban, tanto a los efectos de completar los correspondientes períodos de carencia, como para determinar el porcentaje en función de los años de cotización en la pensión de jubilación, si bien limitadas al período inmediatamente anterior a la fecha de ingreso de las mismas hasta un máximo de 6 mensualidades ⁶³, en el Régimen Especial Agrario los autónomos también gozaban del beneficio de las cuotas extemporáneas, pero sin que su efectividad estuviera limitada a los seis meses señalados. Por su parte, los autónomos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos gozaban de un mecanismo singular de protección según el cual, una vez cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la prestación, pero estando al descubierto en la obligación de cotizar, la Entidad Gestora podía invitar al interesado para que, en el improrrogable plazo de 30 días naturales a partir de la invitación, ingresara dichas cuentas ⁶⁴. O lo que es lo mismo, que mientras las cotizaciones fuera de plazo en los Regímenes del Mar y Agrario tenían efecto sobre la carencia y sobre el porcentaje aplicable en el cálculo de la pensión de jubilación, en el Régimen de Trabajadores Autónomos la invitación al pago sólo operaba si el trabajador reunía la carencia mínima para el acceso a la prestación.

⁶² Vid. sobre el particular, GARCÍA VIÑA, J., «La cotización y recaudación en el RETA», *Documentación Laboral* n.º 69, págs. 103 y ss.

⁶³ Artículo 22 Ley Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

⁶⁴ Artículo 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; y artículos 4.3 y 23.2 Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social. Para la Incapacidad Temporal no existía previsión al respecto (RD 2110/1994) lo que fue interpretado por la jurisprudencia en términos muy confusos extendiendo el mecanismo de la invitación al pago de los 30 días pero excluyendo la aplicación de la segunda parte del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Vid. sobre el particular, BALLESTER PASTOR, I., «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», *Atlas Laboral*, CISS; actualizable. Vid. también BALLESTER PASTOR, I., «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos las actuales peculiaridades en materia de acción protectora», *Documentación Laboral* n.º 69, págs. 68 y ss.

La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social ha introducido una nueva disposición adicional trigésima novena en la LGSS, la cual reitera, con carácter general para todos los trabajadores, que sean responsables del ingreso de cotizaciones, y para el reconocimiento de las prestaciones, la necesidad de que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, extendiendo la aplicación a todos los trabajadores responsables del ingreso de las cotizaciones del mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores Autónomos.

Por lo que se refiere al Régimen General, resulta elemento de suma importancia en la valoración del nivel de contributividad o mejor dicho, de la vigencia de la «lógica asegurativa» en la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el estudio de la responsabilidad del empresario o, en su caso, de la responsabilidad pública, en caso de incumplimiento de los actos de encuadramiento previos y necesarios para la constitución de la relación de protección de la Seguridad Social. Como es sabido, la reglas que disciplinan la responsabilidad en materia de prestaciones por incumplimientos empresariales en materia de afiliación y cotización son confusas, dado el reiterado incumplimiento del desarrollo reglamentario a que se refiere el artículo 126 LGSS, por lo que la jurisprudencia ha tenido que cumplir un importante papel de integración en la resolución de los muy abundantes problemas generados por una normativa estructurada sobre unos principios muy alejados del modelo constitucional de Seguridad Social. A los efectos que ahora interesa, conviene resaltar que, mientras la jurisprudencia, en general, ha realizado una integración «publicista» de la regulación de la responsabilidad contenida en los artículos 94, 95 y 96 Ley de Seguridad Social de 1966, las escasas modificaciones normativas operadas sobre dicha materia han ido dirigidas a recortar la garantía pública instrumentada para hacer efectivo el derecho a las prestaciones cuando éstas resultan imputables al empresario por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social, es decir, el denominado «principio de automaticidad».

Efectivamente, en materia de responsabilidad, la jurisprudencia ha realizado desde antaño una interpretación «publicista» de los artículos 94, 95 y 96 LSS de 1966 en lo que se refiere a los efectos sobre la responsabilidad de la prestación de la falta de cotización pues, en supuestos de falta de alta, la responsabilidad empresarial es total a tenor de la terminante redacción legal del artículo 94.2 a) LSS de 1966⁶⁵ sin que admita moderación⁶⁶. Sin embargo, respecto de los efectos de la falta de cotización empresarial, la jurisprudencia ha venido considerando que no constituye incumplimiento en esta sede el mero retraso en el ingreso de las cuotas, de tal forma que sólo constituye incumplimiento grave, susceptible de determinar la falta de traslado de la responsabilidad empresarial a la

⁶⁵ Artículo 94.2 LSS (1966).

«El empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo:

- a) Por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta o de pleno derecho del número 3 del artículo anterior».

⁶⁶ STS de 20-11-1986 (RJ 1986, 6702).

entidad gestora (y, por tanto, la asunción de la responsabilidad por el empresario), el descubierto repetido, constante y persistente ⁶⁷ sin que se pueda considerarse tal el mero retraso en el pago de las cuotas ⁶⁸.

Por lo demás, el incumplimiento constante y persistente admite diversos grados, graduación que los tribunales han trasladado también al reparto de responsabilidades entre el empresario y las entidades gestoras, si bien con mayores vacilaciones. Especialmente interesante se presenta en esta sede la cuestión de cuál debe ser el reparto de responsabilidades en el supuesto de que el incumplimiento no tenga ninguna repercusión o incidencia en la relación de protección, es decir, en el supuesto de que el sujeto reúna, no obstante los descubiertos, el período de carencia. La cuestión es fundamental pues, en definitiva, lo que subyace a todo este debate es si debe prevalecer el mecanismo de imputación de responsabilidades conforme al esquema sinalagmático sobre el que se basa un sistema de seguro privado, en el que la falta del abono de la prima determina la rescisión del contrato, o si, por el contrario, debe prevalecer el carácter público del sistema de Seguridad Social conforme al mandato del artículo 41 CE. Así, mientras el Tribunal Supremo [STS de 8-5-1997 (RJ 1997, 3970)] excluyó la responsabilidad del empresario cuando su incumplimiento no tiene ninguna incidencia en la relación de protección, al reunir el trabajador el período de carencia, pese al incumplimiento del empresario, en la posterior STS de 1-2-2000 (RJ 2000, 1436) ⁶⁹ restringió la aplicación de dicha doctrina a las prestaciones derivadas de contingencias comunes al ser las únicas en las que se exige período de carencia previo. Para la primera sentencia, el artículo 96 LSS (1966) debe interpretarse como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador, por lo que si dicho perjuicio no se ha producido al poder acceder el trabajador a la prestación, y teniendo en cuenta que la falta de cotización constituye una infracción sancionable administrativamente cuyo castigo en materia de responsabilidad, supondría incurrir en una vulneración del principio *non bis in idem*, la responsabilidad empresarial debe ser rechazada e imputada a la entidad gestora. Para la segunda, que reitera todo lo anterior respecto de las contingencias comunes, dicha doctrina no es aplicable en ningún caso a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, porque ello supondría eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, en las que el asegurado es el empresario, lo que hace más difícil aceptar que pueda ser causa eximente de la responsabilidad el impago de las primas cuando, el descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación. En definitiva, que si bien en contingencias comunes es más fácil admitir la ruptura de la sinalagmaticidad, publicitando matizadamente el régimen de la responsabilidad, la especialidad de las contingencias profesionales en las que el esquema del seguro privado subsiste en mayor medida que en las contingencias comunes excluye de forma terminante dicha posibilidad.

⁶⁷ STS de 29-5-1997 (RJ 1997, 4472).

⁶⁸ Vid. STS de 1-6-1992 (RJ 1992, 4502) con abundante cita de jurisprudencia anterior. Vid. también STS de 22-2-2001 (RJ 2001, 2214) y STS de 24-3-2001 (RJ 2001, 3402).

⁶⁹ Doctrina continuada, entre otras, por la STS de 31-3-2000 (RJ 2000, 7402), STS de 18-9-2000 (RJ 2000, 8207) y STS 4-12-2000 (RJ 2000, 10413).

Bien es verdad que, con independencia del titular de la responsabilidad, el ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de garantía que, aun operando sólo respecto de unas muy limitadas prestaciones⁷⁰, matizan o atenúan los negativos efectos que la imputación de responsabilidad al empresario en orden a las prestaciones pudieran determinar sobre el trabajador, en lo que supone una superación de la técnica y responsabilidad privadas en la línea con la necesaria responsabilización pública que el artículo 41 predica o impone respecto de la Seguridad Social. El principio de automaticidad cumple un papel importante, asegurando al trabajador el cobro de la prestación adeudada por el empresario que se convierte, así, en deudor respecto de la entidad gestora. En este sentido, la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social sobre el artículo 126.3 LGSS, limitando el alcance cuantitativo del anticipo de las prestaciones imputadas a las entidades gestoras, constituye una nueva manifestación de la des-construcción de los antiguos sistemas de la Seguridad Social basados sobre esquemas de protección o garantía pública disminuyendo el alcance de dicha cobertura. El anticipo de las prestaciones con cargo a la entidad gestora ha quedado ahora limitado a la cantidad equivalente a dos veces y media el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras. Se trata, claramente, y con independencia del nivel de suficiencia que pueda considerarse cumple el módulo cuantitativo legalmente fijado, de una nueva desfiguración del carácter público del sistema de la Seguridad Social haciendo repercutir sobre el trabajador-beneficiario de las prestaciones el riesgo de la falta de pago por parte del empresario de una prestación de la que ha resultado responsable por incumplimiento de actos administrativos «instrumentales» respecto de la relación de protección. Si esta reducción de garantías la relacionamos con la doctrina jurisprudencial antes señalada contenida en la STS de 1-2-2000 (RJ 2000, 1436) en cuya virtud, en las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, la falta de cotización determina, sin excepción, la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones causadas, sin que resulte aplicable en tales supuestos la anterior doctrina jurisprudencial eximiendo al empresario de responsabilidad cuando la falta de cotización no repercute negativamente sobre el acceso a las prestaciones, es evidente el perjuicio operado sobre el beneficiario de prestaciones. El juicio crítico se acentúa si, a lo anterior, se añade que no es la entidad gestora pública, y en definitiva, el sistema de Seguridad Social, la beneficiaria del ahorro que esta limitación de garantías implica, sino los propios empresarios, que son los que a través de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tienen en un porcentaje cercano al 95% aseguradas las contingencias profesionales.

B) La cuantía de las prestaciones: sistemas de fijación. La base reguladora de las prestaciones. Porcentajes.

No cabe duda de que un parámetro singularmente importante para medir el grado de contributividad y proporcionalidad de cualquier sistema de Seguridad Social es el examen de los sistemas para la fijación de la cuantía de las prestaciones. Nuestro sistema, en su nivel contributivo, ha optado en

⁷⁰ Con carácter absoluto, es decir, no condicionado al requisito del alta, opera respecto de la asistencia sanitaria el desempleo, y las prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Condicionado al cumplimiento del requisito del alta, alcanza a la incapacidad temporal y maternidad por contingencias comunes; la pensión de jubilación y los pensiones y subsidio de incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

general, por la fijación de la cuantía de las prestaciones a través de la aplicación de unos determinados porcentajes sobre una base reguladora de prestaciones, base reguladora que, a su vez, está en función de las bases de cotización del trabajador en un determinado período de referencia el cual, a su vez, es variable según la prestación de que se trate. Existe, pues, inicialmente, una relación directa entre la cotización del trabajador y la prestación que éste recibe, si bien tampoco en esta materia la relación es completa, pues existen un sinnúmero de mecanismos que la alteran en mayor o menor medida.

a) La determinación de la base reguladora.

Una primera cuestión a reseñar sobre el particular la constituye el hecho de la diferenciación entre la determinación de la cuantía de las prestaciones según deriven de riesgos profesionales o riesgos comunes. La distinción deriva no sólo del hecho ya señalado de que las horas extraordinarias sí integran la base de cotización de contingencias profesionales, pero no de las contingencias comunes (pues en definitiva, dichas horas son cotizadas a través de la «cotización adicional» por horas extras) sino, fundamentalmente, porque la base reguladora de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales toma en consideración la señalada cotización por horas extras en el período de referencia, horas extras que están excluidas para la determinación de la cuantía de las prestaciones derivadas de contingencias comunes y también para la determinación de la prestación por desempleo, no obstante realizar su cotización sobre la base de cotización de contingencias profesionales.

Por lo demás, en algunos casos, se prevén mecanismos directamente aplicables sobre la determinación de la base de cotización que reducen la misma si bien, mientras en algunos casos la reducción en la cotización no tiene repercusión en materia de acción protectora, al calcularse las prestaciones sobre la base reguladora no reducida o teórica, en otros casos, la proporcionalidad se mantiene en términos estrictos, pues la reducción en la cotización determina una inmediata reducción en la cuantía de las prestaciones. Ejemplo del primer sistema es la previsión contenida en el artículo 19.6 Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido que regula la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y para los trabajadores incluidos en los grupos II y III de cotización (retribuidos a la parte) para los cuales la base de cotización de contingencias comunes y la de desempleo se ven reducidas mediante la aplicación de unos coeficientes correctores⁷¹, coeficientes que no tienen traslación en materia de base reguladora que se calcula sobre la totalidad de la base de cotización⁷². Ejemplo del segundo es la previsión contenida en la nueva disposición adicional trigésima quinta LGSS (introducida por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre) según la cual los trabajadores menores de 30 años y mujeres mayores de 45 años en el momento del alta inicial en el RETA podrán elegir como base de cotización entre el 75 por 100 de la base mínima y hasta la cuantía de la base máxima, fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y durante los tres años inmediatamente siguientes a la fecha de efectos de dicha alta. Esta reducción tiene su inmediato reflejo sobre el cálculo de las prestaciones que, si bien en materia de jubilación

⁷¹ Previstos en la Orden de 22 de noviembre de 1974.

⁷² Inicialmente la Orden de 22 de noviembre de 1974 establecía que las bases reguladoras de ILT e invalidez provisional sí se verían afectados pero la Orden de 15 de noviembre de 1974 suprimió dicho efecto sobre el cálculo de las prestaciones señaladas.

no tiene hoy por hoy importancia, al calcularse la base reguladora sobre los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante y estar la previsión limitada temporalmente a tres años, podría tenerlo en el futuro si, finalmente y como se viene anunciando y propugnando, se acaba calculando la base reguladora sobre la totalidad de la carrera laboral del trabajador.

Por lo demás, las cotizaciones que se toman en consideración son diferentes según la prestación de que se trate. Las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo por embarazo toman como referencia la base de cotización del mes anterior a la situación de la baja, aunque si la Incapacidad Temporal deriva de riesgos profesionales, en la base reguladora se integra también el promedio de las horas extraordinarias realizadas en los doce meses inmediatamente anteriores a la baja. La prestación contributiva por desempleo amplía a las bases de cotización de los seis meses anteriores a la situación legal de desempleo el período para hallar la base reguladora de la prestación. Las pensiones de viudedad, orfandad, o a favor de familiares, por su parte, cuando el sujeto causante estuviera en alta o situación asimilada y el fallecimiento se hubiera producido por riesgos comunes, toman en consideración un período de 2 años elegidos por el beneficiario dentro del período de los 15 años⁷³ anteriores al fallecimiento. Si la muerte fue debida a riesgos profesionales, la base se calcula sobre salarios reales aplicando las reglas establecidas en los artículos 60 y siguientes del Reglamento de Accidentes de Trabajo lo que viene a significar la toma de referencia de las bases de cotización del último año. Si el sujeto causante era pensionista, la base reguladora será la misma que sirvió para determinar su pensión aunque incrementada con el importe de las mejoras o revalorizaciones que, para las pensiones de igual naturaleza, se hubieran producido desde la fecha del hecho causante de la jubilación o incapacidad, por lo que el período que se tomará de referencia será distinto según se tratara de un pensionista de jubilación o de incapacidad permanente. La pensión de jubilación se calcula, después de la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, sobre las bases de cotización de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Por su parte, la prestación de Incapacidad Permanente toma como referencia, cuando deriva de enfermedad común, el período mínimo de cotización exigible salvo cuando éste es superior a 8 años (mayores de 52 años), en cuyo caso es éste el período que se toma como referencia. Cuando la incapacidad permanente deriva de accidente no laboral y el trabajador se encuentra en situación de alta o asimilada, la base reguladora toma como período de referencia 2 años a elegir por el beneficiario en los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante⁷⁴. Si deriva de contingencias profesionales se aplican los señalados artículos 60 y siguientes del Reglamento de Accidentes de Trabajo, es decir, el promedio de cotización del último año.

⁷³ Modificado por el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Con anterioridad el período dentro del cual se debía seleccionar los 24 meses ininterrumpidos era de 7 años. El objetivo es, según la Exposición de Motivos, que exista una mayor proporcionalidad y contribución entre las cotizaciones efectuadas por el fallecido y las cuantías de las pensiones generadas en favor de determinados familiares. Con esta ampliación lo que se incide es sobre las posibilidades de elección de los beneficiarios ampliando el arco temporal en el que seleccionar 24 mensualidades ininterrumpidas para evitar así que, por no reunir el período de cotización ininterrumpido exigido, la base reguladora tenga una mengua importante por aplicación de las normas especiales previstas para tal supuesto. *Vid.* Circular 4/2003, de 8 de septiembre (pto. 14.3 que remite al 10.3).

⁷⁴ No se ha modificado, en este caso, el período dentro del cual pueden seleccionarse los 24 meses de cotizaciones ininterrumpidas, como se ha señalado sí ha acontecido en materia de muerte y supervivencia. Tras la reforma antes señalada en materia de muerte y supervivencia, es la única prestación para la que se mantiene la forma de cálculo de la base reguladora prevista en el Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

Por lo demás, en el supuesto de trabajo a tiempo parcial los períodos de referencia se amplían a fin de promediar o ponderar la menor prestación de servicios. Así, para la incapacidad temporal, mientras el contrato está vigente, el período de referencia es de tres meses variando su fórmula de cálculo según el contrato esté o no vigente, pues en el primer caso, las cotizaciones realizadas en dicho período se dividen por el número de días trabajados, mientras que en el segundo se divide por el número de días naturales. El aparente trato desigual se ve compensado porque la prestación de incapacidad temporal sólo se cobra durante los días de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal mientras que, en el segundo, la prestación se abona durante los días naturales (art. 4 RD 1131/2002, de 31 de octubre). Esta segunda regla se aplica también a los supuestos de riesgo por embarazo. Por el contrario, para el cálculo de la prestación por maternidad se toma como referencia los 12 meses inmediatamente anteriores al hecho causante si bien la prestación se abona durante todo el período de descanso de la maternidad computado en sus días naturales.

En definitiva, que los períodos de referencia para el cálculo de la base reguladora son muy diferentes según el riesgo causante, la prestación de que se trate e, incluso, según el trabajador se encuentre en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante. En general, cuando las prestaciones tienen carácter temporal, los períodos de referencia son más cortos, resaltando así el carácter inmediatamente sustitutivo de las rentas dejadas de percibir. En las pensiones, que son prestaciones vitalicias, el período se amplía ostensiblemente, lo que redundará en una mengua de su cuantía, pues las menores bases de cotización de períodos alejados en el tiempo no se ven compensadas por la previsión de mecanismos de revalorización de las mismas al excluirse de la misma, no sólo el período de los últimos 2 años (24 meses) del período de cotización tomado para el cálculo de la base reguladora (tomando por tanto dichos meses por su valor nominal), sino que, además, las bases que se revalorizan, no lo hacen más que parcialmente, pues sólo se revalorizan hasta el inicio del período de los 24 meses excluidos de la revalorización. En definitiva, que es el beneficiario el que soporta el coste del IPC de los últimos 24 meses, en toda su extensión.

Por lo demás, la pluralidad de sistemas para el cálculo de la base reguladora de las diversas pensiones responde a las sucesivas y parciales reformas que nuestro sistema de Seguridad Social viene soportando desde 1985, sin que la importante diferenciación de trato que establece entre beneficiarios responda, en algunos casos, a más razón que una deficiencia técnica que se ha perpetuado en el tiempo y que, desde luego, contradice frontalmente la racionalidad. Efectivamente, hasta el 1-8-1985, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio, el sistema de determinación de la base reguladora de las pensiones era doble. El primero, el previsto para las contingencias profesionales –especialmente privilegiado– regulado en el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que promediaba el salario real del último año de cotización del trabajador (declarado en vigor por la disp. trans. primera RD 1646/1972, de 23 de junio, en tanto no se aprobara el consiguiente Reglamento General, lo que no tuvo lugar). En segundo lugar, el previsto para contingencias comunes (incapacidad permanente, en todos sus grados, jubilación y muerte y supervivencia), constituido por el cociente que resultara de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 7 RD 1646/1972,

de 23 de junio); es decir, que la base reguladora estaba constituida por el promedio de dos años de cotización que el propio trabajador singularizaba dentro de un período de siete años inmediatamente anteriores al hecho causante con la única exigencia de que fueran ininterrumpidos. La Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad Social incidió únicamente sobre la pensión de jubilación y sobre las pensiones (con exclusión por tanto, de la indemnización a tanto alzado prevista como prestación para la incapacidad permanente parcial) de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes modificando, tanto el período de carencia como el cómputo de la base reguladora. Ya fuera por una simetría con la modificación del período de carencia (exigible sólo para enfermedad común pero no para el accidente no laboral), ya fuera una adecuación técnica necesaria para evitar problemas mayores ⁷⁵, lo cierto es que, a partir de la Ley 26/1985, coexisten varios sistemas para la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente (no afectado, por lo demás, por la Ley 24/1997, de 12 de julio, que volvió a modificar el sistema de cálculo de la base reguladora para las pensiones de jubilación), de tal forma que queda excluido del sistema general la determinación de base reguladora de la pensión de Incapacidad Permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez cuando el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada al alta y deriva de accidente no laboral, supuesto para el que se continúa en la aplicación de la normativa anterior a la Ley 26/1985, de 31 de julio.

Una institución singularmente importante en la aplicación del sistema creado por la Ley 26/1985 y que subsiste también en su aplicación a la pensión de jubilación, es la «integración de lagunas» que, a los efectos que ahora interesa, puede ser leída o integrada desde este análisis de la contributividad del sistema ⁷⁶.

Efectivamente, el actual artículo 140.4 LGSS para la incapacidad permanente y el artículo 162.1.2 LGSS para la jubilación disponen que, si en el período que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no existe obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para mayores

⁷⁵ Algunos autores [DESDENTADO; FERNÁNDEZ; GONZÁLEZ; SANCHO; «La reforma de las pensiones de la Seguridad Social», Madrid (Civitas), 1986, pág. 115] han señalado que la modificación a «enfermedad común» recogida en el Proyecto del Gobierno y finalmente adoptada respecto del Proyecto inicial presentado a la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES) el cual se refería tanto en su título como en su apartado primero a «contingencias comunes», se podría deber a un posible problema técnico derivado de la aplicación del número 2 del artículo 3 (actual art. 140.2 LGSS) a los supuestos en que el período mínimo de cotización y, por tanto, el que habría de tomarse en cuenta para el cálculo de la base reguladora, sería igual a 0.

⁷⁶ Como señalara DESDENTADO BONETE, A., la necesidad de la integración de lagunas aparece cuando el período de referencia para el cálculo de la base reguladora es independiente de la carrera real del seguro «(...) si la integración se realiza con cargo a las bases mínimas se penaliza a los que en el período del cómputo han estado en desempleo, introduciendo así un elemento de redistribución negativo. Puede objetarse que no hay tal penalización porque si no se ha cotizado no se ha formado ningún derecho de prestación. El argumento de la plena equivalencia entre cotizaciones y prestaciones valdría para un sistema de capitalización, pero es más cuestionable en un sistema de reparto, en el que la valoración de los años de cotización se realiza ya a través del porcentaje aplicable a la base regulada. Volver a ponderar este factor en la base reguladora resulta redundante: es además inseguro técnicamente y resulta arbitrario cuando el período de cómputo se limita temporalmente con abstracción de la vida laboral real». DESDENTADO BONETE, A., «La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997», *Tribuna Social* n.º 95, noviembre 1998, pág. 15.

de 18 años. La integración de lagunas supone, por tanto, la imputación de unas cotizaciones «ficticias» por el valor de la base mínima de entre todas las existentes para los mayores de 18 años a efectos del cálculo de la base reguladora. Se trata de un mecanismo que, según el legislador, venía a compensar al trabajador del cambio operado en el sistema de cálculo de la base reguladora al haber desaparecido la opción que en el anterior sistema tenía para seleccionar el período de cómputo de las bases reguladoras. Al imponer la Ley 26/1985 que los meses computables para la base reguladora fueran los inmediatamente anteriores a aquel en que se produjera el hecho causante, el propio legislador quiso evitar la posibilidad de computar por valor cero algún mes dentro de dicho período, lo que vendría a incidir aún más en la reducción de una prestación ya menguada por la ampliación del período de referencia para el cómputo de dicha base.

No fue ésa, sin embargo, la lectura que la jurisprudencia realizó de dicho mecanismo en los supuestos en los que la falta de cotización no era imputable al trabajador sino cuando correspondía a períodos de asimilación al alta sin obligación de cotizar, singularmente, la invalidez provisional, la prórroga de la situación de incapacidad temporal que sustituyó a aquélla e, incluso, en supuestos de paro involuntario. En una larga evolución jurisprudencial ⁷⁷, sustentada jurídicamente en la confusión relativa al concepto de «hecho causante» generado también a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio ⁷⁸, la jurisprudencia acabó descartando en tales supuestos la integración de lagunas, retrotrayendo el *dies a quo* para el cómputo del período de referencia de la base reguladora al día en el que se extinguió la obligación de cotizar. Para el Tribunal Supremo ⁷⁹ se trata de «evitar al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco [hecho causante] (...) pues se trata de una situación que se incardina sin obstáculo en la doctrina de la Sala General anteriormente expuesta, puesto que estamos en un período en que no existió obligación de cotizar y ante la necesidad de una interpretación que suponga una garantía de que se tiene en cuenta realmente la vida laboral del trabajador». En definitiva, que para el Tribunal Supremo el sistema de integración de lagunas va contra el carácter contributivo y proporcional del sistema de Seguridad Social pero, no porque se computen cotizaciones ficticias en favor del trabajador, sino precisamente por lo contrario: porque se computan cotizaciones totalmente desconectadas de las efectivamente realizadas por el trabajador a favor de unas cotizaciones ficticias y con toda probabilidad inferiores a las que el trabajador tiene acreditadas en otros períodos en los que el ordenamiento no le excluye de la obligación de cotizar, pero que devienen irrelevantes para el cálculo de la cuantía de la prestación.

⁷⁷ Vid. GARCÍA NINET, J.I. «Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones por Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la STS (Social) Sala General de 7 de febrero de 2000», *Tribuna Social*, n.º 115, julio 2000; vid. también RIVAS VALLEJO, P. «Acerca de la teoría del paréntesis y su aplicación a las bases reguladoras de la pensión de Incapacidad Permanente: ¿compatibilidad paréntesis-integración?», *Aranzadi Social*, 2000.

⁷⁸ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social», en AA.VV. «Aspectos complejos en materia de Seguridad Social», *Estudios de Derecho Judicial (CGPJ)* 2001, n.º 38, págs. 221-292.

⁷⁹ STS de 18-10-2000 (RJ 2000, 8296). Continuaba en la línea sentada por la STS de 7-2-2000 (RJ 2000, 1610) dictada en Sala General y STS de 25-5-2000 (RJ 2000, 5527).

Con posterioridad, la jurisprudencia cambió de criterio y restringió la doctrina del paréntesis a los supuestos que le vieron nacer, es decir, circunscribiendo su aplicación a los supuestos de invalidez provisional y a la prórroga de la incapacidad temporal sustitutoria de aquélla, si bien atendiendo a criterios meramente legalistas ⁸⁰, lo que fue acogido por la Administración ⁸¹ y por el legislador que ha dado nueva redacción al artículo 138.2 b) LGSS ⁸². Según dicho precepto y para el cómputo del período de carencia, cuando se acceda desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, se computará hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si bien se encarga de clarificar que, en tales casos, para la determinación de la base reguladora se estará a lo

⁸⁰ Vid. STS de 1-10-2002 (RJ 2003, 3153) [seguida por, entre otras, SSTS de 25-10-2002 (RJ 2003, 1907), de 11-12-2002, y STS de 26-2-2003 (RJ 2003, 3257)] referida a la aplicación de la teoría del paréntesis en los supuestos de percepción del subsidio de Incapacidad Temporal en la modalidad de pago directo. Para el Tribunal Supremo, la doctrina del paréntesis (aplicada al cómputo de la base reguladora) «partía de la consideración del problema específico que se producía como consecuencia de la sucesión de las situaciones de ILT e Invalidez Provisional en la regulación anterior a la reforma de la Ley 42/1994 (...): "como durante la Invalidez Provisional no hay, por previsión de la Ley, obligación de cotizar, y esa situación podía extenderse durante cuatro años y seis meses, la sentencia [se refiere a la STS de 7-2-2000 (RJ 2000, 1610) citada] considera que la regla del Artículo 140.1 LGSS" (...) no podía interpretarse en sentido restrictivo, pues la Ley 26/1985 –de la que deriva el actual Artículo 140.1 LGSS– tiene por objeto mejorar la eficacia protectora del Sistema a través del reforzamiento del carácter profesional y contributivo de las pensiones y, por tanto, no podía haber remitido el cálculo de la pensión a un amplio período de tiempo en el que, por mandato legal, no existe obligación de cotizar. De ahí que se entendiase que la referencia al término "hecho causante" del Artículo 140.1 debía interpretarse en sentido análogo a como lo ha sido en otros supuestos (exigencia del requisito del alta; cómputo de los períodos de cotización...), es decir, como una referencia al momento en que, con la terminación de la situación de Incapacidad Laboral Transitoria, termina también, en el esquema general de la Ley, la obligación de cotizar. De esta forma, el paréntesis, en cuanto eliminación de un período de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido, exclusivamente, a la situación de Invalidez Provisional y, en su caso, a las prórrogas del Artículo 131 bis 2 LGSS, en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación en el contexto legal de un término en sí mismo equívoco –el hecho causante– que ha tenido también que ser precisado a otros efectos (...). Ahora bien, esta doctrina no puede extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario, incidencias que están dentro de la regla general del Artículo 140.4 LGSS (...). Si en estas incidencias –como la extinción del contrato de trabajo durante la Incapacidad Temporal o, eventualmente, la aparición de una situación de paro involuntario– se aplica el criterio del paréntesis, la regla del Artículo 140.4 LGSS quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora. Tampoco se suscita en esas incidencias ningún problema de determinación general del hecho causante en alguno de sus posibles significados (...). La determinación del hecho causante es aquí irrelevante, porque lo que interesa es excluir el período posterior al cese en el trabajo con lo que se atiende a las consecuencias de ese cese en la relación de cotización y no a la obligación de cotización si no se hubiera extinguido el contrato de trabajo. No hay, por tanto, aquí, ningún problema de determinación del hecho causante, ni de coordinación del esquema general de la acción protectora; lo que se suscita es una incidencia derivada de los efectos en la cotización de la extinción del contrato de trabajo del actor; es decir, un problema específico de integración de lagunas en el que hay que estar a la regla del Artículo 140.4 LGSS». Alguna sentencia reciente [STSJ Castilla y León/Valladolid de 5-5-2003 (AS 2003, 2391)], aún sin hacer referencia a la doctrina unificada, negó la posibilidad de aplicar la teoría del paréntesis para la determinación de la base reguladora en el supuesto de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, así como para el período en que la actora disfrutó de un período de jornada reducida al tratarse de un situación voluntaria que no es equiparable analógicamente a los supuestos contemplados por la doctrina del Tribunal Supremo en los que la falta de cotización no depende de la voluntad del trabajador.

⁸¹ Inicialmente a través de la Resolución de la Dirección General del INSS de 4-2-2003 (por la que se rehabilitaba la Circular 3/1998, de 10 de marzo) y posteriormente con la Circular de la Dirección General del INSS 4/2003, de 8 de septiembre, que deroga expresamente, acogiendo buena parte de su contenido, a la señalada Circular 3/1998.

⁸² Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

previsto en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 140. Esta regla debe completarse con el también nuevo párrafo que dicha norma ha añadido al artículo 140.4 LGSS según el cual «*en los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar siempre que la base de cotización del período cotizado alcance la cuantía mínima mensual señalada (...)*», determinando que, en tal supuesto, la integración alcanzará hasta esa cuantía.

En definitiva, que la doctrina del paréntesis queda en la actualidad, por mandato normativo, restringida a la determinación del período para el cómputo de la carencia específica y totalmente excluida a los efectos del cálculo de la base reguladora que, en todo caso, serán los años inmediatamente anteriores al hecho causante. El legislador ha roto así lo que la doctrina ⁸³ denominó «coherencia» de la STS de 7-2-2000 (RJ 2000, 1610) al entender que si era aplicable el paréntesis para el cómputo de la carencia cualificada, debía serlo también aplicable para la determinación de la base reguladora, al fijarse el límite en atención al hecho causante. La opción legislativa implica, en definitiva, una reducción de la cuantía de las prestaciones y, supone, no obstante las reiteradas declaraciones a favor de la proporcionalidad y el reforzamiento del carácter contributivo y proporcional de las prestaciones, un alejamiento de las bases reales de cotización al tomarse en cuenta un período en el que no existen cotizaciones (no por voluntad del beneficiario sino por imposición legal) que se computan por el valor de la base mínima o, incluso, por valor cero en aquellos regímenes especiales excluidos del mecanismo de la integración de lagunas (trabajadores por cuenta propia integrados en cualquiera de los Regímenes Especiales y trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen Especial de Empleados de Hogar) ⁸⁴ y desechando cotizaciones reales del trabajador. La situación anterior se agrava cuando se accede a dichas pensiones desde la situación de no alta o asimilada supuesto en el que también resulta aplicable la integración de lagunas a tenor de lo que dispone el artículo 5.5 Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre ⁸⁵.

Por el contrario, no resulta aplicable para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad Permanente derivada de accidente no laboral cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada al alta, supuesto que, como ya se ha señalado, no se vio afectado por la Ley 26/1985, de 31 de julio, y no queda ahora comprendido en la regulación del artículo 138.2 LGSS ni tampoco para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de muerte y supervivencia, igualmente fuera del ámbito de aplicación de aquella norma ⁸⁶.

⁸³ DESDENTADO BONETE, A., «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social» en AA.VV. «Aspectos complejos en materia de Seguridad Social», *Estudios de Derecho Judicial* (CGPJ, 2001, n.º 38, págs. 221-292.

⁸⁴ *Ex* disposición adicional octava LGSS.

⁸⁵ «La no existencia de la obligación de cotizar a que se refiere el párrafo anterior abarcará tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación como a aquellas otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada al alta». En el mismo sentido, lo reitera la Circular 4/2003, de 8 de septiembre.

⁸⁶ *Vid.* Circular 4/2003, de 8 de septiembre, puntos 10 y 14, respectivamente.

Por lo que se refiere al cálculo de la base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial, opera el principio de asimilación con el trabajador a tiempo completo o lo que es lo mismo, la estricta aplicación de regla de la proporcionalidad⁸⁷. La proporcionalidad se aplica incluso en la aplicación del mecanismo ya señalado de «integración de lagunas» previsto para la incapacidad permanente y la jubilación, el cual «se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre todas las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se extinguió la obligación de cotizar». Lógicamente no se considera laguna de cotización las horas o días no trabajados en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial⁸⁸. Por lo que se refiere específicamente a los trabajadores fijos-discontinuos, cuya jornada, en definitiva, es completa o total en el correspondiente período de actividad, el INSS aplica también criterios de proporcionalidad para lo cual «la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas, será el resultado de aplicar a esa base mínima un coeficiente medio que resulte de lo trabajado el año anterior a la conclusión de la correspondiente campaña o el agotamiento de la prestación de desempleo posterior. El coeficiente es el resultado del cociente de la suma de los días teóricos de cotización y en su caso días cotizados por tiempo completo por el número de 365 días⁸⁹. La aplicación de esta regla que el INSS también extiende a los trabajadores fijos-discontinuos de carácter regular, sitúa en una situación claramente discriminatoria a éstos respecto de los trabajadores vinculados por contratos temporales realizados a jornada completa, sin justificación alguna. Como singularidad hay que señalar que la integración de lagunas también se aplica para la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada (art. 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre).

b) El porcentaje aplicable.

El segundo elemento habitualmente utilizado para la determinación de la cuantía de las prestaciones en un tipo porcentual que, aplicado a la base reguladora así determinada, determina la cuantía concreta de la prestación, siendo necesario distinguir también según la prestación de que se trate. El porcentaje, lógicamente, es diferente según la prestación concreta al ser diferente la finalidad de unas y otras y al ser también distinta la base reguladora sobre la que se aplican dichos porcentajes.

Así, para el cálculo de la prestación económica de Incapacidad Temporal, es necesario diferenciar según el origen causal de la prestación: si deriva de riesgos comunes, se fijan dos períodos: el primero (que se inicia a partir del cuarto día desde la baja y hasta el día vigésimo) el por-

⁸⁷ Disposición adicional séptima y artículo 7.2 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Vid. entre muchos, GARCÍA ORTEGA, J., «Adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial», *Tribuna Social* n.º 85, 1998; ROQUETA BUI, R., «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial», Madrid (CES), 2002, págs. 130 a 132; RUIZ SALVADOR, J.A. «Trabajo a tiempo parcial y fijo-discontinuo. Especialidades de su protección social», Bomarzo, 2003.

⁸⁸ Artículo 7.2 párrafo segundo Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

⁸⁹ *Vid.* RUIZ SALVADOR, J.A., «Trabajo a tiempo parcial y fijo-discontinuo. Especialidades de su protección social», Bomarzo, 2003, pág. 130.

centaje es el 60%; el segundo (a partir del vigésimo primer día a contar desde la baja en adelante), el 75%. Este último es el porcentaje aplicable cuando la Incapacidad Temporal deriva de contingencias profesionales y a partir del día siguiente al accidente o enfermedad profesional. El efecto de sustitución queda así –salvo mejora voluntaria a cargo del empresario, por previsión convencional o decisión unilateral– bastante alejado de la realidad, al prever durante un tiempo cuantitativamente relevante un porcentaje bastante reducido de la base reguladora que sólo cuando la enfermedad se prolonga en el tiempo alcanza el 75%. Hay que señalar que, inicialmente el porcentaje aplicable en el supuesto de contingencias comunes era, desde el inicio del nacimiento del derecho a la prestación (el cuarto día a contar desde la baja), el 75% que se vio reducido al 60% por el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral. Mayor protección encuentra la situación de maternidad desde que se autonomizó de la incapacidad temporal con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, teniendo cifrado el porcentaje aplicable en el 100% de la base reguladora. La última prestación creada en el sistema (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras) –el riesgo por embarazo– se sitúa en un término intermedio: el 75% de la base reguladora. Los señalados porcentajes plasman lo que el legislador considera el umbral de protección «suficiente» (pues el art. 41 CE existe prestaciones suficientes) para dichas situaciones obedeciendo la fijación concreta de los mismos a razones de muy diversa índole: la más evidente, el control del gasto sin que quepa olvidar una cierta presunción de fraude que rige en toda la regulación de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Por lo que se refiere a la maternidad, el porcentaje del 100% de la base reguladora resulta, por lo demás, demostrativo de la funcionalidad del sistema de Seguridad Social como instrumento de fomento de la maternidad en el marco de una Seguridad Social pública.

La Incapacidad Permanente, por su parte, utiliza un sistema porcentual pero, a diferencia del anterior, los porcentajes aplicables no varían en función del origen causal de la contingencia y, además, atienden a un parámetro que el legislador hace explícito: la capacidad laboral residual del trabajador. En efecto, es característico de nuestro sistema de protección de la Incapacidad Permanente en su modalidad contributiva su clasificación en grados según cuál sea la capacidad residual que al trabajador le resta para poder continuar en la realización de actividad profesional. Es necesario no olvidar que esta modalidad de incapacidad permanente (a diferencia de la invalidez no contributiva) conceptúa como objeto de protección «las reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas» siempre y cuando tengan una incidencia sobre la capacidad laboral, disminuyendo o anulando la misma. Lo protegido es la capacidad laboral del trabajador poseída con anterioridad, y que posteriormente se pierde o se ve disminuida por la incidencia de alguna de esas reducciones anatómicas o funcionales graves y objetivas. La reducción anatómica o funcional grave cuando no tiene ninguna repercusión sobre la capacidad laboral o es inferior al umbral mínimo de protección (situado en el 33%) no otorga derecho a compensación alguna, salvo si deriva de riesgos profesionales en cuyo caso da derecho (lesiones permanentes no invalidantes) a una indemnización tasada según un baremo. Con todo, es una situación excepcional, procedente de que perdura aún, como ya se ha señalado, la regulación autónoma de la protección de los riesgos profesionales conforme a las normas del Decreto de 22 de junio de 1956.

Esta articulación de la incapacidad en grados es lo que justifica la aplicación de distintos porcentajes a la base reguladora para la determinación de la cuantía de la prestación con la salvedad de la Incapacidad Permanente Parcial, que sólo genera derecho a una indemnización a tanto alzado correspondiente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que sirvió para calcular la prestación de IT de la que deriva la Incapacidad Permanente. No hay, pues, en tal supuesto derecho a prestación periódica, temporal (subsidio) o vitalicia (pensión). El legislador valora el hecho de que el trabajador pueda continuar realizando «las tareas fundamentales de su profesión» aunque con una mayor dificultad derivada de la pérdida de parte de su capacidad laboral (umbral mínimo: el 33%) y, como compensación frente a esa mayor dificultad, otorga al trabajador la señalada compensación económica a tanto alzado y ello «cualquiera que sea la contingencia determinante de la misma y la edad». Como se ve, la edad del trabajador es un factor totalmente irrelevante a estos efectos: determinada la pérdida de la capacidad laboral, es totalmente indiferente el período durante el cual el trabajador va a sufrir esa mayor dificultad para la realización de su profesión, e incluso, su eventual cercanía a la edad (no se olvide, voluntaria) de cese en el trabajo por jubilación. Se trata de una típica prestación resarcitoria de daños que, precisamente por ello, ha suscitado numerosas críticas doctrinales ⁹⁰.

El resto de grados en los que la incapacidad permanente puede calificarse genera derecho a una pensión calculada mediante la aplicación de unos porcentajes a la base reguladora antes indicada. Así, en el caso de la Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual (la que inhabilita al trabajador para la realización de la profesión habitual pero le permite dedicarse a otra distinta) el porcentaje se cifra en el 55% de la base reguladora, porcentaje que se eleva al 100% en el supuesto de la Incapacidad Permanente Absoluta (la que inhabilita al trabajador para la realización de cualquier actividad profesional). Si además el trabajador necesita la ayuda de una tercera persona para la realización de los actos más elementales de la vida tales como vestirse, lavarse, etc., la pensión se incrementa un 50% con la finalidad de retribuir a dicha tercera persona siendo sustituible por el internamiento del inválido en una institución asistencial pública del sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos (art. 139.4 párrafo segundo LGSS). Dado que desde la LISMI ya no es necesaria la condición de Inválido Absoluto para acceder a la Gran Invalidez, el porcentaje del 50% se proyecta sobre la pensión del inválido la cual se habrá calculado aplicando bien el 55% bien el 75% sobre la respectiva base reguladora, es decir, que el complemento del 50% de la pensión para la retribución de la persona que ayuda al inválido se calcula también sobre módulos totalmente contributivos.

Es importante recordar que, en su estricta y originaria configuración jurídica, la protección de la Incapacidad Permanente no atiende, en orden a la calificación del trabajador en los distintos grados de incapacidad permanente, a aspecto subjetivo alguno diferente de la capacidad residual del trabajador en su proyección sobre la posibilidad o no de poder realizar una actividad profesional. Cuando la capacidad residual del trabajador le permite objetivamente el desempeño de otra actividad profesional, es irrelevante en orden a su calificación la posibilidad real para dicho trabajador de obtener un empleo compatible. Esta estricta configuración «objetiva» de la calificación de la incapacidad determinó la intervención de la jurisprudencia que, en una interpretación «humanizadora» de la norma,

⁹⁰ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «Invalidez permanente y Seguridad Social», Madrid (Civitas), 1982, pág. 291.

tendía a declarar la calificación de Incapacidad Permanente Absoluta en aquellos casos en los que concurrían circunstancias que hacían ilusoria la posibilidad de que el trabajador hallara una efectiva y real ocupación. El legislador, disconforme con la flexibilización jurisprudencial, modificó el texto legal (Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora), previendo la posibilidad de un incremento del porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de Incapacidad Permanente Total «cuando, por su edad, falta de preparación general o especialización y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior» (actual art. 139.2 párrafo segundo LGSS). Las circunstancias señaladas fueron concretadas (y limitadas) por la norma reglamentaria (art. 6 Decreto 1646/1972, de 23 de junio) en el simple dato objetivo de que el beneficiario tuviera 55 años de edad (la STC 137/1987, de 22 de julio, proclama la constitucionalidad de la exigencia considerándola no discriminatoria), bien en el mismo momento del hecho causante, bien cuando su cumplimiento fuera posterior al mismo (esta última posibilidad fue admitida con posterioridad mediante Resolución de 22 de mayo de 1986, de la Secretaría General para la Seguridad Social). En este último caso, el incremento porcentual se aplica sobre la base reguladora inicial sin revalorización alguna, pues la revalorización se efectúa al importe de la pensión ya incrementada, mediante la aplicación de todas las revalorizaciones anuales desde la fecha inicial de efectos hasta la fecha del cumplimiento de los 55 años (Resolución de 11 de abril de 1990 de la Secretaría General para la Seguridad Social).

El señalado incremento se cifró en un «20% de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión» (art. 6.3 Decreto 1646/1972, de 23 de junio) siendo totalmente incompatible con la realización de actividad profesional, lo que determinará la suspensión del mismo. Hay que recordar que la Incapacidad Permanente Total presupone la compatibilidad de la incapacidad con el trabajo por cuenta propia o ajena, compatibilidad que, sin embargo, no existe respecto de este incremento de la pensión abonado para hacer frente a la imposibilidad real de encontrar empleo con la capacidad residual del trabajador. Esta incompatibilidad lo es respecto de todo trabajo, por cuenta propia o ajena ⁹¹.

⁹¹ E incluso aunque el alta del trabajador lo sea en la empresa donde el trabajador prestaba su actividad laboral habitual y que ya no puede realizar pues, aunque la Incapacidad Permanente Total es causa de extinción del contrato, tal extinción no es automática, por lo que la declaración de IP total no permite entender por sí sola que haya cese en la actividad laboral [STSJ Cataluña de 20-5-2003 (JUR 2003, 160861)]. El citado incremento es también incompatible con la pensión de jubilación que el inválido (por enfermedad profesional en el Régimen Especial de la Minería del Carbón) percibe por su pasada actividad profesional en otro régimen de la Seguridad Social (RETA), pues si la pensión de jubilación tiene por objeto sustituir el salario que el trabajador deja de percibir por cesar en el trabajo por razón de su edad y el incremento del 20% tiene su fundamento en la dificultad que, por razón de la edad y demás circunstancias sociales y laborales tiene el declarado inválido permanente total para encontrar otro trabajo, parece claro que, quien se ha colocado fuera del mundo activo del trabajo percibiendo la correspondiente compensación económica en forma de pensión de jubilación, no puede al mismo tiempo lucrar el incremento del 20% alegando dificultad para encontrar trabajo [STSJ Castilla y León/Valladolid de 5-5-2003 (AS 2003, 2056). En el mismo sentido, *vid.* STSJ Asturias de 25-1-2002 (AS 2002, 424)]. Igualmente, no procede el abono del citado incremento cuando el trabajador declarado incapaz permanente total en el Régimen General simultaneaba dicha actividad profesional con la condición de militar (guardia civil) en la reserva activa [STSJ Cataluña de 22-1-2002 (AS 2002, 1300)] ni tampoco con el subsidio de desempleo [STS de 19-12-1994 (RJ 1994, 10344), STSJ Comunidad Valenciana de 26-7-1996 (AS 1996, 2700); SSTSJ Cataluña de 5-9-1997 (AS 1997, 3595), de 16-2-1998 (AS 1998, 1480)], ni con la pensión complementaria por silicosis regulada en el artículo 6 de los Estatutos de las Mutualidades del Carbón, entidades integradas en la actualidad en el sistema de Seguridad Social [STSJ Castilla y León/Valladolid de 15-2-1994 (AS 1994, 481)].

En conclusión, la calificación en grados en función de la capacidad residual del trabajador así como el establecimiento de distintos porcentajes de pensión en función del grado señalado, resulta, en principio, bastante coherente en un sistema de Seguridad Social como el español en el que el nivel contributivo tiene por objeto garantizar el mantenimiento de los ingresos o rentas derivados de la actividad profesional. La clasificación en grados relaciona así, y de una forma concreta dos factores o variables: la pérdida de renta derivada de la imposibilidad de seguir realizando la actividad profesional desempeñada hasta el momento del hecho causante, y la posibilidad de poder realizar, o no, otra actividad profesional de la que obtener ingresos en el futuro. Lo primero es una situación de presente, un dato objetivamente constatable y que supone, desde la perspectiva de la técnica del seguro, la actualización de un riesgo protegido: preexistente una capacidad laboral, su pérdida da derecho al pago de la «indemnización» convenida. No se toma en consideración, pues, de momento, al modo de otros sistemas de Seguridad Social, el período de cotización para hacer depender del mismo los porcentajes aplicables. La cotización adquiere relevancia a dos efectos: como elemento para el acceso a la prestación (período de carencia) y como determinante de la cuantía de la base reguladora de la prestación, pues, en definitiva, es un elemento importante en el resultado final de la cuantía de la prestación. El segundo factor combina un dato actual –la posibilidad de poder desempeñar una profesión distinta a la realizada hasta ese momento– con un dato de futuro claramente condicionado a factores extraños a la voluntad del trabajador: la posibilidad de hallar nuevo empleo adecuado a la capacidad laboral residual del trabajador.

Es la consideración de esta última cuestión lo que resulta más cuestionable de este sistema. En cuanto mera probabilidad, y dada la incidencia del grado en la determinación de la cuantía de la prestación, resulta cuestionable la falta de articulación de técnicas que permitan suplir la infra-protección que pueda derivarse de este sistema en aquellos supuestos en los que el trabajador no encuentra empleo. La posibilidad abierta por la Ley 24/1972 fue cicateramente amputada por el titular del poder reglamentario al restringir el amplio campo de circunstancias susceptibles de generar el incremento del 20% de la cuantía de la Incapacidad Permanente Total al simple dato del cumplimiento de la edad de 55 años (art. 6 Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Hay que recordar que la clara situación de insuficiencia económica que puede presentarse en estos casos no encuentra siquiera el cobijo de los complementos por mínimos pues la pensión mínima en los supuestos de Incapacidad Permanente Total se predica únicamente para los mayores de 65 años. Contrasta, además, esta estricta regulación con la amplia permisibilidad que, para otros grados de Incapacidad Permanente, se contempla la compatibilidad con la realización de trabajos compatibles. Quizá, partiendo de este esquema, podría establecerse una distribución distinta de los porcentajes en el que realmente se tuviera en cuenta el efectivo acceso del trabajador a un empleo, asegurándole, en caso contrario, una pensión que realmente supliría la pérdida de renta derivada de la pérdida de su capacidad laboral.

Al contrario que lo antes señalado, el grado de Incapacidad Permanente Parcial no responde a ninguna de las variables o factores antes señalados: ni existe una pérdida de renta derivada de la imposibilidad de seguir realizando la actividad profesional desempeñada –pues ésta no se pierde–, ni se valora, en consecuencia, la posibilidad de poder realizar o no otra actividad profesional en el futuro. En definitiva, está claramente ausente el principio sobre el que se asienta el nivel contributivo de prestaciones: la necesidad de garantizar el mantenimiento de los ingresos o rentas derivados de la actividad profesional. Si comparamos el resultado económico de una y otra prestación, resulta

bastante ejemplificativo de lo que aquí se señala: tomemos, por hipótesis, un trabajador con una Base de cotización mensual de contingencias comunes en el mes anterior a la Incapacidad Temporal (febrero de 2003), de 2.574,90 Euros. Si es calificado en la situación de Incapacidad Permanente Parcial tendrá derecho a una indemnización de 61.797,60 Euros; por el contrario, si es clasificado en la situación de Incapacidad Permanente Total tendrá derecho, una vez actualizadas las bases actualizables, y aplicado el 55% sobre la base reguladora actualizada, a una pensión de 1.035,47 Euros al mes. O lo que es lo mismo, el trabajador que no ha tenido ninguna pérdida en su capacidad de ganancia recibe como indemnización a tanto alzado el equivalente a casi 60 mensualidades de la pensión del trabajador que sí ha visto mermada su capacidad de ganancia. Y esto partiendo de la hipótesis de un trabajador sin lagunas de cotización que exijan acudir a la integración con la base mínima de cotización (art. 140.4 LGSS), supuesto en el que sería mayor el desfase de protección o suficiencia entre uno y otro grado de incapacidad. A esto hay que añadir la incidencia del diferente régimen de incompatibilidades entre una y otra situación cara a futuras prestaciones. El trabajador en situación de IPP que continúa en su puesto de trabajo tendrá derecho, en el futuro y en su caso, al reconocimiento de una pensión de jubilación; el trabajador en IPT, aun en el improbable supuesto de que encontrara actividad compatible, si se realiza en el mismo régimen de la Seguridad Social y reúne los requisitos para tener derecho en el futuro a una pensión de jubilación, deberá optar por una de ellas.

La pensión de jubilación ha sido objeto en los últimos años de numerosas reformas. En lo que en este momento interesa, la acreditación del período mínimo de carencia (15 años) determina la aplicación del 50% de la base reguladora, porcentaje que se incrementa por cada año de cotización adicional comprendido entre el año decimosexto y el vigésimo quinto, ambos inclusive, en un 3%, mientras que, por cada año adicional de cotización a partir del vigésimo sexto, se incrementa un 2% con el límite del 100% de la base reguladora que sólo puede ser superado cuando se accede a la jubilación a una edad superior a los 65 años y siempre que el trabajador tuviera acreditados 35 años de cotización. En este último caso, el porcentaje aplicable es el resultado de sumar al 100% un 2% 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 o desde el momento en que se tengan acreditados 35 años de cotización si, en el momento del hecho causante posterior a los 65 años, no se acreditaba el requisito de la cotización. El umbral mínimo de acceso a la jubilación, desde el punto de vista de la carencia, se cifra en 15 años, período que determina la aplicación de un 50% a la base reguladora para la determinación de la cuantía. Salvada esa cuantía, los períodos superiores de cotización tienen un valor diferente según corresponda a los 10 años siguientes (en cuyo caso cada año vale un 3%) o los 10 años siguientes a los anteriores, cuyo cómputo de un 2% adicional determina el tope máximo del 100% de la base reguladora que se alcanza con carácter general, con 35 años de cotización.

El porcentaje del 100% ha sido, tradicionalmente, un límite infranqueable de tal forma que las cotizaciones por encima de los 35 años de cotización engrosaban el sistema de Seguridad Social pero sin repercusión sobre la cuantía de la pensión del trabajador. Las últimas modificaciones en materia de jubilación, dirigidas como se ha señalado, entre otras finalidades, a fomentar el retraso voluntario en el acceso a la jubilación (Ley 35/2002, de 12 de julio) han introducido la posibilidad de superar dicho límite en un 2% 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 de edad si bien siempre que el interesado tuviera acreditados 35 años de cotización sin computar a estos efectos las pagas

extraordinarias. Si el trabajador se beneficia de la exoneración de cotización prevista en el artículo 112 bis, como ya se ha señalado, la base reguladora por los períodos no cotizados se calcula sobre las bases por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que sean superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización, de enero a diciembre, del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado más dos puntos porcentuales o, en su caso, si hubiera suscrito convenio especial, por la totalidad de la base de cotización.

Por lo demás, no existe, como ya se ha señalado, una total y absoluta correlación entre las cotizaciones válidas a efectos del período de carencia y las cotizaciones computables para la fijación del porcentaje. Así, en primer lugar, y conectando con lo anterior, la teoría del día-cuota antes señalada no resulta de aplicación para la fijación del período cotizado a los efectos del porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de jubilación, sino que únicamente adquiere validez para el cómputo del período de carencia y para el importe de la base reguladora. La razón de tal exclusión estriba, según el Tribunal Supremo, en que la «finalidad que se persigue con la fijación de ese porcentaje es establecer una proporción entre la cuantía de la pensión de jubilación y el tiempo real de trabajo y cotización y si los cálculos pertinentes se hiciesen admitiendo cotizaciones que no responden a tiempo real y efectivo sino al cobro de unas especiales percepciones o gratificaciones se quebraría dicha proporción y finalidad»⁹². Igualmente y como ya se ha señalado, la equiparación de la afiliación al antiguo Retiro Obrero a 1.800 días de cotización lo es a los solos efectos del período de carencia para el acceso a la prestación de jubilación, sin que compute para la concreción del porcentaje aplicable para el cálculo de la cuantía de la pensión⁹³. Sin embargo, la previsión contenida en la disposición transitoria segunda.3 LGSS otorgando cotizaciones ficticias al trabajador siempre y cuando éste, con anterioridad al 1 de enero de 1967, hubiera cotizado al SOVI o al Mutualismo Laboral durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1966⁹⁴—tomando como base la edad del trabajador en la fecha de entrada en vigor del sistema de Seguridad Social—, sólo resulta aplicable a los efectos de la determinación del porcentaje aplicable, pero no del período de carencia⁹⁵. Esta previsión también resulta aplicable para la acreditación de los 35 años de edad a los que se refiere el artículo 163.2 LGSS para el incremento del 2% adicional al 100%⁹⁶. Por el contrario, a estos efectos del 2% adicional se exigen años completos de cotización sin que sea aplicable, ni el beneficio del cómputo de la fracción de año como año completo, ni tampoco, bonificación alguna por la realización de trabajos penosos, tóxicos, insalubres o similares, los cuales, sin embargo, sí se computan para la acreditación de los 35 años de cotización que el precepto exige como requisito. Por ello, si al cumplir el trabajador los 65 años teóricos, ya tenía acreditados los 35 años de cotización, en ese momento se aplicará el porcentaje máximo del 100% empezando a partir de ahí la acumulación del 2% adicional por cada año de cotización efectiva, sin computar bonificaciones ni la parte proporcional de las pagas extraordinarias posteriores al cumplimiento de los 65 años.

⁹² STS de 27-1-1998 (RJ 1998, 1144).

⁹³ Resolución de 22 de diciembre de 1987 y SSTS de 17-10-1988 y de 19-6-1996 (RJ 1996, 5177).

⁹⁴ SSTS de 28-11-1995 (RJ 1995, 8768) y de 1-6-1998 (RJ 1998, 4936).

⁹⁵ *Vid.* Orden de 18 de enero de 1967, por el que se regula el régimen de la prestación por vejez, disposición transitoria segunda.3, que establece la tabla de cotizaciones ficticias en desarrollo de la LGSS.

⁹⁶ Circular 4/2003, de 8 de septiembre, punto 7.5.

Por lo que se refiere a las prestaciones de muerte y supervivencia, los porcentajes son diferentes según la pensión concreta de que se trate, aunque entre ellos se condiciona pues la suma en el momento de la determinación inicial de las cuantías de las pensiones de viudedad, orfandad y, desde la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, también del resto de pensiones derivadas de muerte y supervivencia, es decir, las pensiones en favor de otros familiares, no puede exceder del importe de la base reguladora que corresponda en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Se trata de un límite que no cabe olvidar dadas las últimas modificaciones operadas sobre la pensión de viudedad y, concretamente, sobre el porcentaje aplicable para la determinación de su cuantía.

Efectivamente, recogiendo las previsiones referidas a las prestaciones de muerte y supervivencia del Acuerdo de 9 de abril de 2001, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó varios de los preceptos referidos a las pensiones de viudedad y orfandad ⁹⁷. Por lo que respecta a la primera, incrementó la cuantía de la pensión de viudedad, tanto con carácter general (que progresivamente debería pasar del porcentaje del 45% al 52%, lo que se ha alcanzado en el año 2004 ⁹⁸), como mediante la creación de una sub-modalidad de pensión de viudedad para los pensionistas de menores ingresos y con cargas familiares. En todo caso, es importante señalar que no se trata de la configuración de una modalidad no contributiva de viudedad, sino simplemente una mejora de su cuantía condicionada a la prueba del estado de necesidad, pues no hay que olvidar que la prestación de viudedad es una prestación no condicionada en ningún sentido a la efectiva concurrencia de una situación de necesidad real sino que, como señaló el Tribunal Constitucional ⁹⁹ «nuestra normativa legal no se base en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño como un exceso de gastos o un defecto de ingresos originados por la actualización de una determinada contingencia». Los requisitos ¹⁰⁰ exigidos para el

⁹⁷ Sobre esta reforma *vid.* TORTUERO PLAZA, J.L., «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», *Tribuna Social*, n.º 154, octubre 2003. Para un útil repaso de la jurisprudencia en materia de muerte y supervivencia, *vid.* SEMPERE NAVARRO A.V., «Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina», *Tribuna Social* n.º 154, 2003.

⁹⁸ Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de Mejora de las Pensiones de Viudedad.

⁹⁹ STC 103/1983, de 22 de noviembre (Pleno).

¹⁰⁰ 1.º Es necesario que los rendimientos anuales del pensionista no superen la cuantía resultante de sumar al límite que esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista.

2.º Se exige que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos de pensionista lo cual acontece cuando el importe anual de la pensión de viudedad represente, como mínimo, el 50% del total de ingresos del pensionista en cómputo. A tales efectos se tiene en cuenta también el importe de los complementos por mínimos que pudieran corresponderle.

3.º A todo lo anterior se añade la necesidad de que el pensionista tenga cargas familiares, las cuales existen cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Convivencia del beneficiario con hijos menores de 26 años, mayores incapacitados o menores acogidos.
- b) Que los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75% salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Se computan todos los bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prescricional tomados en el valor percibido en el ejercicio anterior a aquel en que deba aplicarse o mantenerse el porcentaje máximo.

reconocimiento de dicho porcentaje del 70% ponen de manifiesto, por lo demás, lo limitado o excepcional del mismo. No sólo los límites de ingresos predicables del beneficiario sino, fundamentalmente, la necesidad de existencia de cargas familiares (hijos) –los cuales, normalmente serán, o bien titulares de pensión de orfandad, o incluso generadores de prestaciones familiares– tienen un claro efecto excluyente, pues en los rendimientos de la unidad familiar también se computan los rendimientos de naturaleza prestacional. Es decir, opera un primer límite económico ¹⁰¹, predicado del propio pensionista de viudedad, límite que implicaba para el año 2003 y para el pensionista menor de 65 años un límite total de 10.829,93 Euros. Además, la pensión de viudedad tiene que constituir la principal o única fuente de ingresos del pensionista, lo que, sin duda, no resulta difícil con este límite pues ya casi la mitad del mismo está formado por el importe mínimo de la pensión de viudedad (5.075,56 Euros). Y como tercer requisito el viudo/a ha de tener cargas familiares, cargas que se circunscriben a la convivencia con hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados en grado igual o superior al 33%, o menores acogidos de hecho. No se tiene en cuenta la existencia de ninguna otra carga familiar distinta de los descendientes señalados, como pudieran ser ascendientes, bien propios bien del sujeto causante. Y finalmente, respecto del conjunto de la unidad familiar se predica un nuevo límite de renta de tal forma que su renta, incluyendo al pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no puede superar, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras (para 2003, el 75% SMI es 4.060,80 Euros). Todos estos límites, que en una configuración no contributiva resultan razonables, resultan más cuestionables cuando se predica de una prestación totalmente contributiva. Pero, además, no se puede olvidar que el régimen jurídico aplicable es el general y, por tanto, siempre opera el límite previsto en el artículo 179.4 LGSS según el cual la suma de las cuantías de las pensiones de muerte y supervivencia ¹⁰² no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 120, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante estableciendo unas prioridades entre las distintas pensiones, con exclusión de la viudedad. Hasta tal punto dicha concurrencia de prestaciones impide o puede convertir en ilusorio el incremento del citado porcentaje que, administrativamente, se ha admitido, cuando en la misma unidad familiar se produzca el reconocimiento simultáneo de pensiones de viudedad, orfandad o en favor de familiares o subsidio temporal en favor de familiares o el pensionista de viudedad tenga también la condición de beneficiario de la asignación por hijo a cargo (en la actualidad, prestación familiar) y la concurrencia impida la mejora de la pensión de viudedad hasta el porcentaje del 70%, la renuncia al derecho al percibo de la prestación que obstaculiza la aplicación del porcentaje, por no cumplirse el requisito de falta de ingresos o de existencia de cargas familiares siempre que, en conjunto, resulte más beneficioso para el beneficiario, renuncia que tiene carácter de revocable ¹⁰³.

¹⁰¹ Formado por la suma de la cuantía del límite de ingresos que para el ejercicio anual en que se reconoce la pensión está previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista.

¹⁰² Como se ha señalado, hasta la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el límite señalado se predicaba sólo respecto de la suma de las pensiones de viudedad y orfandad.

¹⁰³ Por poner un ejemplo cuantitativo, imaginemos un sujeto causante con una base reguladora de 960 Euros cuyo cónyuge, de 36 años, no realiza actividad profesional alguna y con dos hijos de 3 y 5 años. El importe de la pensión de viudedad que le corresponde es de 460,80 Euros. Las pensiones de orfandad alcanzan cada una el importe de 192 Euros. En cómputo anual, el cónyuge supérstite percibe 6.451,20 Euros por viudedad y 5.376 Euros por las dos pensiones de orfandad, lo que hace que supere, sin percibir ningún ingreso más de cualquier naturaleza, quede superado el límite de ingre-

En definitiva, que el nuevo régimen jurídico para el incremento del 70% enturbia la naturaleza jurídica de la prestación y aporta poco, o nada, a la efectiva mejora económica de las pensiones de viudedad pues, en realidad, esa función de corrección o mejora de las cuantías de unas pensiones que la aplicación estricta de la contributividad mantiene en unos niveles de clara insuficiencia, se viene cumpliendo a través de los complementos por mínimos ¹⁰⁴. La responsabilidad de este incremento, por lo demás, queda residenciado siempre, y salvo que en el acuerdo con la Mutua se hubiera asignado a ésta, en la entidad gestora pública incluso en las pensiones de viudedad reconocidas por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, estando igualmente excluido dicho porcentaje en la determinación de la responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de afiliación, alta y cotización ¹⁰⁵.

Por lo que se refiere al desempleo, la contributividad en el cálculo de la cuantía se ha visto fuertemente afectada en las sucesivas reformas operadas sobre esta prestación desde la década de los noventa. En tanto este estudio no es numérico, ni económico ni actuarial, la afirmación anterior se sustenta sobre el estudio del régimen jurídico de la prestación en cada una de las sucesivas reformas operadas sobre la protección por desempleo. Bien es verdad que la contributividad en esta prestación debe valorarse desde otra perspectiva a la habitualmente utilizada pues, como señaló la doctrina ¹⁰⁶, la lógica del sistema de aseguramiento aplicado a las situaciones de necesidad originadas por el desempleo conduce a la paradoja de la desprotección, precisamente en unos casos en los que las necesidades sociales de cobertura son mayores. La asistencialización de la prestación lo ha sido, no tanto por la incidencia directa de las sucesivas reformas sobre los módulos que rigen la fijación de la cuantía de la

sos presupuesto básico. Si, en otro ejemplo, colocamos la pensión percibida por el sujeto por debajo del importe mínimo de la pensión de viudedad (base reguladora del causante establecida en el tope mínimo de cotización para 2003, es decir, 526,50 Euros mensuales), el supérstite tiene derecho a una pensión de viudedad de 252,72 Euros mes (3.538,08 Euros en cómputo anual) y a dos pensiones de orfandad por importe de 105,30 Euros cada una al mes (en cómputo anual, 1.474,20 Euros año cada una, es decir, 2.948,4 Euros) lo que supone en total que percibe 6486,48 Euros en cómputo anual por viudedad y orfandad, es decir, por debajo del límite de ingresos, por lo que en principio ya cumple con el primer requisito. El segundo es que la pensión constituya la principal fuente de ingresos del pensionista, lo que en este caso es obvio pues no percibe otros ingresos que las dos pensiones de orfandad. Finalmente, el límite del conjunto de la unidad familiar pues los ingresos de toda la unidad familiar, incluido el propio pensionista, no puede superar por cada uno 4.060,80 Euros. Dado que hay que computar todos los ingresos incluyendo la pensión mínima que percibe el beneficiario (pues la cuantía calculada ha quedado muy debajo de ésta) si bien es verdad que se toma a estos efectos la pensión mínima para titular con menos de 60 años, el resultado es que tiene derecho al cálculo de la pensión con el porcentaje del 70%, que aplicado a la base reguladora ello determina que tenga derecho a una pensión de viudedad de 368,55 Euros/mensuales (5.159,7 Euros) en cómputo anual. Si tenemos en cuenta que la cuantía de la pensión mínima de viudedad para menores de 60 años con cargas familiares para 2003 está establecida en 5075,56 Euros, la conclusión es clara: el incremento de la pensión hasta el 70% únicamente supone el cambio de denominación de lo percibido que antes de esa reforma se tenía asegurado por la vía de los complementos por mínimos. El sistema simplemente ha hecho un trasvase de fondos. A todo esto se añade, además, que opera el límite de que la cuantía de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe la base reguladora que corresponda, límite que aquí se ve superado pues la suma de las tres pensiones da como resultado 579,15 Euros.

¹⁰⁴ En igual sentido, GARATE CASTRO, J., «Las reformas 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 137, mayo 2002, págs. 9 y 10.

¹⁰⁵ *Vid.* Circular 4/2003, de 8 de septiembre, punto 15.4.

¹⁰⁶ *Vid.* DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., «Cobertura de desempleo», en «El derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica». I Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid (Facultad de Derecho), 1984, pág. 393.

prestación (base reguladora y porcentaje), sino, entre otras cosas ¹⁰⁷, por la vía de incrementar los períodos de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas, así como por reconducir los períodos de carencia inferiores a los nuevos exigidos al nivel asistencial, calculado sobre módulos no relacionados con la cotización previa y sujetos a límites típicamente asistenciales.

El primer elemento que se aparta de la contributividad de la prestación en la determinación de la cuantía de la prestación, desde una visión estática o actual del régimen jurídico de la prestación, y obviando ahora el tema del fuerte incremento en el período de carencia mínimo para el acceso a la prestación que supuso la reforma operada por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril (tramitado posteriormente como proyecto de Ley y aprobado como Ley 22/1992, de 30 de julio), así como el hecho, ya señalado, de que a efectos de determinar el período de carencia sólo se tienen en cuenta las cotizaciones que no han sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial (art. 210.2 LGSS), lo constituye el hecho de que, para el cálculo de la cuantía de la prestación en su modalidad contributiva, la aplicación de los porcentajes respectivos sobre la base reguladora calculada según el promedio de lo cotizado durante los últimos 180 días a la situación legal de desempleo encuentra como límite determinados porcentajes calculados sobre el salario mínimo interprofesional. En definitiva, que la tradicional técnica contributiva para la determinación de la cuantía de la prestación consistente en aplicar un porcentaje determinado sobre las cotizaciones reales del trabajador en un determinado período, se ve corregida por la previsión de unos límites máximos totalmente desconectados de cualquiera de los elementos de cotización del trabajador, al calcularse sobre el salario mínimo interprofesional ¹⁰⁸.

También se aparta de la técnica tradicional de acreditación del período de carencia, en materia de desempleo, la previsión según la cual, cuando la prestación se extinga por realizar el trabajador un trabajo de duración igual o superior a doce meses, si opta por reabrir la prestación extinguida, las cotizaciones que generaron la prestación por la que no se hubiera optado, no podrá computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial (art. 210.3 LGSS).

Finalmente, resulta desconcertante desde el punto de vista ahora examinado, la relación de proporcionalidad que entre cotización y duración de la prestación se ha previsto en la nueva protección por desempleo de nivel contributivo establecida para los trabajadores eventuales agrarios (art. 4 Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad). El artículo 4.1.2 b) Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ha establecido, en el tramo inicial de la horquilla, una relación de 1 de prestación por cada 4 días de cotización, lo que contrasta con la ratio de 3 a 1 establecida con carácter general por el

¹⁰⁷ Así, también habría que añadir la exclusión incluso del nivel asistencial de determinados colectivos que son «repescados» en la nueva prestación aún mas asistencializada denominada «Renta Activa de Inserción» y las importantes modificaciones operadas sobre el centro de imputación de toda la normativa del desempleo contributivo que ha pasado de ser la pérdida involuntaria del empleo a la disponibilidad en la búsqueda activa de empleo.

¹⁰⁸ Artículo 211.3 LGSS: «La cuantía de la prestación no podrá ser superior al 170% del Salario Mínimo Interprofesional, salvo cuando el trabajador tenga hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía máxima podrá elevarse reglamentariamente en función del número de hijos, hasta el 220% del citado salario. (...) A efectos de lo previsto en este apartado se tendrá en cuenta el Salario Mínimo Interprofesional incluida la parte proporcional de pagas extras, vigente en el momento del nacimiento del derecho».

artículo 210 LGSS. No se acierta a vislumbrar la razón del distinto tratamiento, claramente peyorativo, que reciben los eventuales agrarios abundado, además, por su exclusión de los subsidios asistenciales. Dado que los eventuales agrarios estaban, hasta la citada norma, excluidos de la protección por desempleo –salvo los residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura beneficiarios de un subsidio especial–, el establecimiento de una prestación de nivel contributivo –con la correlativa obligación de cotizar– no va a determinar, dada la realidad del sector, un real incremento de la acción protectora de este colectivo sino que, paradójicamente, la extensión a este colectivo de la protección por desempleo lleva a la paradoja de su desprotección.

C) Algunos supuestos singulares. La proporcionalidad y la contributividad en la regulación de la jubilación parcial y de la jubilación flexible. Algunas dudas sobre el valor de lo cotizado en algunos supuestos de compatibilidad trabajo-prestaciones.

Una referencia especial merece, desde la perspectiva ahora examinada, varias cuestiones relacionadas con el efecto o validez de determinadas cotizaciones. Como punto de partida, como ya se ha señalado, las cotizaciones posteriores al hecho causante no tienen efecto alguno sobre las prestaciones, ni para la subsanación del requisito general de acceso del período de carencia ni para la determinación de su cuantía. La configuración contributiva del sistema, en el que el período de carencia constituye el requisito o puerta de entrada a la protección dispensada por el mismo, determina la necesidad de que dicho requisito se tenga acreditado en el momento del hecho causante. La admisión de cotizaciones posteriores al hecho causante como válidas a estos efectos determinaría la inoperatividad del requisito que cumple una clara función de restricción o condición para el acceso a la protección. En la base de todo ello, la aplicación de la técnica del seguro privado: el aseguramiento de un riesgo, que en cuanto incierto, es una mera probabilidad. El riesgo ya actualizado no es asegurable porque ya es siniestro. Esto no obsta, lógicamente, para la plena efectividad de las cotizaciones para el acceso a otras prestaciones futuras basadas en «riesgos distintos».

Ya se ha señalado, no obstante, que existen excepciones que se han ido configurando jurisprudencial y legalmente.

Así, en primer lugar, además de la ya señalada nueva disposición adicional trigésima octava LGSS, y tras una evolución administrativa y jurisprudencial particular ¹⁰⁹, en la actualidad se admite la validez de las cuotas ingresadas por el trabajador que, aunque médicamente fue constatado o calificado como inválido, no pudo acceder a dicha calificación por falta del período de carencia –descartada ya la posibilidad de declaración de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones–, siempre y cuando las cotizaciones realizadas hubieran respondido a una efectiva y real prestación de actividad profesional y no constituyan una situación ficticia buscada con la finalidad de acceder a las prestaciones. La jurisprudencia ¹¹⁰ admite la validez de dichas cotiza-

¹⁰⁹ Sobre la misma, *vid.* BARBA MORA, A., «Incapacidad Permanente y Seguridad Social», Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 115 y ss.

¹¹⁰ Entre otras, STS de 29-11-1993 (RJ 1993, 9088) y STS de 7-2-1994 (RJ 1994, 811) y STS de 18-2-1994 (RJ 1994, 1063).

ciones con total independencia de la necesidad de la aparición de unas nuevas secuelas desconectadas cualitativa o cuantitativamente de las anteriores, requisito inicialmente exigido para la admisión de las mismas, vía que solventaba el problema de considerar válidas las cotizaciones cuando el siniestro ya se había producido.

Por lo que se refiere a la validez de las cotizaciones del incapaz permanente para el acceso a la futura jubilación, y dado que se admite la compatibilidad de la situación de inválido con el trabajo remunerado ¹¹¹, incluso en el grado de Incapacidad Permanente Absoluta ¹¹², la cuestión queda reducida a la aplicación del régimen de compatibilidades, de tal forma que, si el trabajador reúne los requisitos exigidos, podrá solicitar la pensión de jubilación, pensión que, si es causada en el mismo régimen en el que se causó la pensión de incapacidad, resultará incompatible con aquella, debiendo optar por una u otra ¹¹³. En caso de que la opción lo sea a favor de la Incapacidad Permanente, ésta mudará en todo caso su denominación a pensión de jubilación, sin que implique ningún cambio en las condiciones en las que viniera percibiéndose (art. 143.4 LGSS). En términos diferentes se plantea la cuestión de si esa segunda actividad compatible se realiza en un régimen de la Seguridad Social diferente de aquel en el que se reconoció la pensión de incapacidad permanente. En este caso, al no operar la regla de la incompatibilidad de pensiones prevista en el artículo 122 LGSS por las razones antes señaladas, el trabajador podrá mantener esa doble condición de pensionista. Se produce, así, una situación, desde una perspectiva estricta de «proporcionalidad» totalmente injusta pues dichas cotizaciones, según correspondan al diferente o al mismo o régimen de la Seguridad Social en el que se causó la pensión de incapacidad permanente, van a generar o no derecho a una duplicidad protectora no incompatible. Como tercera posibilidad, que las cotizaciones no sean suficientes para acceder a la pensión de jubilación en cuyo caso no se prevé ningún mecanismo que permita una mejora de la prestación de incapacidad permanente de manera similar a como se prevé ahora en la nueva disposición adicional trigésima octava LGSS para la mejora de la base reguladora de la prestación cuando, acreditadas cotizaciones a varios regímenes de la Seguridad Social, no se cause derecho a pensión en uno de ellos.

También se prevén reglas especiales en el cálculo de la cuantía de la pensión en función de criterios de «contributividad y proporcionalidad» cuando el trabajador, no obstante tener la edad mínima de acceso a la jubilación prevista en el artículo 161.1 a) LGSS (es decir, 65 años), accede a

¹¹¹ El artículo 141 establece la compatibilidad entre la pensión por Incapacidad Permanente Total y el trabajo por cuenta ajena remunerado pues precisamente en su definición está integrado la posibilidad de realizar actividad profesional diferente de la actividad habitual para la que se declara su situación de incapaz. Más singular es el caso, sin embargo, de la Incapacidad Permanente Absoluta pensionista respecto del cual el artículo 141.2 declara que tal condición no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo. Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia como legitimador para la compatibilidad entre la condición de pensionista y el trabajo retribuido –siempre que no implique un cambio en su capacidad de trabajo susceptible de abrir el instituto de la revisión prevista en el art. 143 LGSS– lo que ha llevado también a la Administración, en una evolución peculiar, a instar el alta y obligación en tales supuestos. Sobre el particular, *vid. más in extenso*, ROQUETA BUI, R., «La incapacidad permanente», Madrid (CES), 2000, págs. 235 y ss.; BARBA MORA, A., «Incapacidad Permanente y Seguridad Social», Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 159 y ss.

¹¹² *Vid.* STS de 6-3-1989 (RJ 1989, 1794).

¹¹³ STSJ Madrid de 9-5-1990 y STS Cataluña de 10-7-1990; STSJ Andalucía/Málaga de 31-10-1989 (AS 1989, 5110).

la protección de incapacidad permanente por no reunir el período de carencia mínima para acceder a aquélla ¹¹⁴. El artículo 11 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, dispone que, en tales casos «la cuantía de la pensión de Incapacidad Permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación», y que en el supuesto de ser calificado de gran inválido, el trabajador «tendrá derecho a la pensión señalada incrementándose su cuantía en un 50%». Parece que la referencia a «correspondiente base reguladora» debe entenderse referida a la base reguladora de la Incapacidad Permanente, pues si no tiene derecho a la pensión de jubilación será por falta de acreditación del período mínimo de cotización exigible (15 años), que es el período que se toma de referencia para el cálculo de la base reguladora de la jubilación. No hay, pues, especialidad en materia de determinación de la base reguladora, que será distinta según derive de enfermedad común o de accidente no laboral, según se ha señalado con anterioridad. La especialidad viene, en este caso, determinada por el porcentaje aplicable, que se establece que será «el que corresponda al período mínimo de cotización establecido en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación». Se produce, así, una merma importante en la cuantía de la pensión pues, con independencia del grado, en el momento actual dicho porcentaje está establecido en el 50% de la base reguladora, porcentaje inferior al 55% (que a esta edad es el 75% por aplicación del incremento previsto para la Incapacidad Permanente Cualificada) establecido para la Incapacidad Permanente Total y muy inferior al 100% previsto para la Incapacidad Permanente Absoluta. La previsión tiene por finalidad evitar hacer de peor condición a quien, acreditando más cotizaciones, ve impedido su acceso a la protección por Incapacidad Permanente y, por tanto, el porcentaje aplicable dependerá de la aplicación de la tabla de porcentajes por año utilizado para el cálculo de la pensión de jubilación, frente a quien accede a tal condición por falta de la carencia mínima para acceder a la pensión de jubilación. En todo caso, esa limitación del 50% no afecta al complemento de la Gran Invalidez que será así el 50% de la pensión así calculada ¹¹⁵ sustrayendo así del juego de la lógica contributiva un complemento de naturaleza asistencial. Con todo, no cabe duda que, desde la perspectiva del trabajador, se trata de una previsión especialmente dura.

Los nuevos mecanismos de jubilación parcial y de jubilación flexible que, aun tratándose de instituciones diferentes, se caracterizan ambos por la posibilidad de compatibilizar pensión de jubilación y actividad profesional, presentan también singularidades en la determinación de la base reguladora de las distintas pensiones a las que, en tal doble condición de pensionista y activo, puede accederse.

Por lo que se refiere, en primer lugar a la jubilación parcial y respecto del cálculo de la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia y de incapacidad total, absoluta o gran invalidez, el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre ¹¹⁶, distingue según la cotización parcial se hubiera simultaneado con un contrato de relevo o no. En el primer caso, se tienen en cuenta las coti-

¹¹⁴ El artículo 138.1 párrafo segundo LGSS dispone, con carácter general, la imposibilidad de acceder a las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando, el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 161.1 a) LGSS y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

¹¹⁵ *Vid.* Circular 4/2003, de 8 de septiembre.

¹¹⁶ Artículo 15.

zaciones correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que le hubiera correspondido de haber realizado en la empresa durante dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la jubilación parcial. Se trata, pues, de un cómputo «semi-ficticio» de cotizaciones: ficticio, porque computa las cotizaciones predicadas del sujeto que no ha cotizado; sólo «semi» porque sí han existido cotizaciones, las del relevista, que no tienen por qué corresponder con lo que venía cotizando el trabajador parcialmente jubilado ¹¹⁷. Cuando la jubilación parcial no se simultanea con el contrato de relevo, se reconoce un derecho de opción entre la determinación de la base reguladora computando las bases de cotización realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial o que la base se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100% de las citadas bases de cotización, si bien aplicando las demás reglas que estuviesen vigentes en el momento de causar la correspondiente pensión de jubilación «ordinaria». En tal caso, a dicha base reguladora se le aplicarán las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha de cálculo de la base reguladora hasta el hecho causante del mismo. Para el cálculo de la pensión de jubilación del pensionista de jubilación parcial se aplica una solución similar (art. 18): el cómputo al 100% si la jubilación se hubiese simultaneado con contrato de relevo y, en caso contrario, el reconocimiento de un derecho de opción entre el cómputo por las bases realmente cotizadas, o que se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100% de la base reguladora, aplicando en tal caso las revalorizaciones oportunas. Para la determinación del porcentaje aplicable también se distingue si la jubilación se simultaneó o no con contrato de relevo, otorgando el beneficio del cómputo de dicho período como cotizado a tiempo completo sólo en el primer supuesto.

Por lo que se refiere a la jubilación flexible, las cotizaciones efectuadas tras la suspensión parcial de la pensión de jubilación producen efectos para la mejora de la pensión en un doble aspecto. En primer lugar, y respecto del cálculo de la base reguladora, procede un nuevo cálculo computando las nuevas cotizaciones aplicando las reglas que estén vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que de dicha operación resultase una reducción de la base reguladora anterior en cuyo caso se mantendrá ésta, aplicando las revalorizaciones correspondientes. En definitiva, que frente a la regulación prevista en el artículo 16 Orden de 18 de enero de 1967 para el supuesto de suspensión de la pensión de jubilación por realización de actividad profesional según la cual la base reguladora nunca es objeto de recálculo ¹¹⁸, cuando nos hallamos en el marco de la jubilación flexible (suspensión proporcional de la pensión para la realización de actividad a tiempo parcial), las nuevas cotizaciones pueden incidir también sobre la base reguladora, mejorándola. Las cotizaciones efectuadas también dan lugar a la modificación del porcentaje aplicable, en función del nuevo período de cotización acreditado, sirviendo también, en su caso, para disminuir o suprimir el coeficiente que se

¹¹⁷ Sobre el particular *vid. in extenso* TORTUERO PLAZA, J.L., «Jubilación forzosa *versus* jubilación flexible (reforma y propuesta de capitalización parcial)», Madrid (Civitas), 2002.

¹¹⁸ *Vid.* una crítica de esta regulación en GARCÍA NINET, J.I. «Sobre el trabajo de los ya jubilados: algunas cuestiones a replantear», *Tribuna Social* n.º 25, 1997, págs. 75 y ss. *Vid.* también GARCÍA NINET, J.I., «Tres reflexiones acerca de los cambios normativos laborales y funcionariales: 1.ª Sobre el trabajo de los ya jubilados (...)», *Tribuna Social* n.º 148, 2003.

hubiera aplicado de haber accedido a la jubilación anticipadamente. Habrá que entender, por analogía con la regulación prevista para la jubilación parcial, que el período cotizado, a efectos del porcentaje aplicable, no se computa a tiempo completo sino en función de la jornada efectiva ¹¹⁹.

En definitiva, que en la valoración de los efectos de las nuevas cotizaciones del pensionista en las situaciones de jubilación parcial y jubilación flexible ha primado el principio de contributividad sobre su finalidad incentivadora del retraso voluntario en el acceso a la jubilación. Salvo la nada desdeñable –en términos de coste para el sistema de Seguridad Social– consideración de pensionistas a los efectos de reconocimiento de las prestaciones sanitarias, en general ha prevalecido el cómputo de los nuevos períodos cotizados en atención a su valor nominal, no otorgándose el beneficio del cómputo completo de las cotizaciones más que en el supuesto de jubilación parcial simultaneada con el contrato de relevo.

3. ALGUNAS ESPECIALIDADES EN EL SUPUESTO DE REALIZACIÓN DE VARIAS ACTIVIDADES PROFESIONALES: EL PLURIEMPLEO Y LA PLURIACTIVIDAD. EL CÓMPUTO RECÍPROCO DE COTIZACIONES NACIONAL E INTERNACIONAL

El régimen jurídico expuesto se ve complicado cuando el trabajador no realiza una única actividad profesional sino varias, dando lugar al trabajo en régimen de pluriempleo o de pluriactividad. Aunque en sentido técnico dichas situaciones exigen la realización simultánea de actividades profesionales comprendidas, bien en el mismo Régimen de la Seguridad Social, bien en un Régimen distinto, respectivamente, la realización de actividades profesionales de forma sucesiva y no simultánea también despliega efectos importantes en la materia que ahora nos ocupa, pues la peculiar estructura de nuestro sistema de Seguridad Social determina la necesidad de normas que tomen en consideración dicha peculiaridad, debiendo resaltarse, además, que el esfuerzo contributivo es diferente, por defecto o por exceso, en alguno de dichos regímenes en su comparación con el Régimen General, si bien, como se ha señalado con anterioridad, dicho análisis excede del objeto de este trabajo. La posible dimensión internacional, europea o no europea, complica aún más el análisis de este aspecto. Con todo, este trabajo se va a limitar a poner de relieve algunas singularidades de estas situaciones en lo que afecta a la tricotomía trabajo-cotización-prestación.

A) El pluriempleo: efectos desde la perspectiva de la contributividad del sistema.

Como es sabido, se entiende por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que dan lugar a su inclusión en un mismo Régimen de la Seguridad Social (art. 7.4.2.º RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social).

¹¹⁹ Así lo recoge expresamente la Circular 4/2003, de 8 de septiembre (pto. 7.6.5).

Se trata de una prestación de servicios simultánea que adquiere relevancia, en primer lugar, a efectos de cotización al sistema ¹²⁰. La realización de actividad profesional determina el alta por cada una de dichas actividades y, consiguientemente, la obligación de cotizar conforme a las reglas generales ya señaladas, es decir, que la base de cotización estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, prorrateándose las percepciones de vencimiento superior al mes a lo largo de los doce meses del año (art. 23 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social). No obstante, y como singular especialidad, el tope máximo de cotización es insuperable también en los supuestos de pluriempleo, lo que determina la necesidad de su distribución proporcional entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador pluriempleado (art. 9 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Desde la vertiente prestacional, la situación de pluriempleo presenta como característica principal que, para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones, se toman en consideración y en forma global las bases de cotización en las distintas empresas, con el límite del tope máximo establecido a efectos de cotización, aplicable también en los casos de pluriempleo (art. 110.2 LGSS). Aun en el supuesto de que dicho tope máximo fuera superado, la base reguladora de cada prestación no podría rebasar el tope máximo que, a efectos de cotización, prevé el artículo 110 LGSS, límite aplicable también a los casos de pluriempleo (art. 120.3 LGSS) ¹²¹.

Un problema que se presenta con carácter general en este supuesto, extensible también a los supuestos de pluriactividad, y que incide en la cuantía de las prestaciones es el relativo a la determinación de la contingencia protegida y consiguiente imputación de responsabilidad cuando, ocurrido un accidente de trabajo en una empresa, el trabajador es pluriempleado de otra, con la lógica consecuencia que dicha calificación implica tanto a efectos del cálculo de la cuantía de la pensión cuanto a la imputación de responsabilidad en el supuesto de que la empresa A tenga cubiertos los riesgos profesionales en una entidad gestora diferente de la empresa B. La escasa jurisprudencia ¹²² existente sobre el tema se ha pronunciado en el sentido de considerar que el accidente laboral sufrido en una empresa, en el supuesto de pluriempleo, debe ser considerado como tal en todas las relaciones laborales que vinculan al trabajador, lo que obliga al cálculo de las prestaciones aplicando las reglas e imputando la responsabilidad a las respectivas Mutuas aun cuando el accidente no sea, en sentido estricto, accidente laboral en una de las empresas. Para el Tribunal Supremo lo relevante es la incidencia del accidente laboral sobre el trabajador dando primacía a éste sobre la empresa, que es un elemento claramente secundario. Se aparta así el Alto Tribunal de una interpretación excesivamente apegada al esquema asegurativo que rige la compleja relación entre trabajador-empresario-mutua en el supuesto de aseguramiento de las contingencias profesionales en favor de una mayor protección de los derechos del trabajador o de sus beneficiarios ¹²³.

¹²⁰ El artículo 41 Real Decreto 84/1986 expresamente impone al empresario que conozca la situación de pluriempleo de sus trabajadores su comunicación a las Entidades Gestoras y TGSS para que «se realicen de oficio las actuaciones que procedan a efectos de cotización y de protección».

¹²¹ STS de 1-12-1988 (RJ 1988, 9860).

¹²² STS de 22-7-1998 (RJ 1998, 8545).

¹²³ *Vid.* un comentario a esta sentencia en MATEU CARRUANA, M.J. «Pluriempleo y accidentes de trabajo: el alcance de la responsabilidad de las Mutuas, en caso de concurrencia de éstas ¿es responsable la Mutua de la Empresa donde no se ha producido el accidente de las prestaciones de muerte y supervivencia?», *Tribuna Social* n.º 107, 1999.

Como singularidad, en el caso de incapacidad permanente total del trabajador pluriempleado si la incapacidad permanente total se declara para una sola de las profesiones desempeñadas, la base reguladora de la pensión correspondiente se determinará teniendo en cuenta únicamente, y por lo que respecta a los períodos de pluriempleo, la base de cotización correspondiente a la empresa en la que realiza la actividad para la que ha sido declarado incapaz permanente total.

Peculiaridades presenta también la concurrencia de pluriempleo en los trabajadores a tiempo parcial. Como antes se ha señalado, la disposición adicional séptima LGSS prevé la aplicación de la regla de proporcionalidad con carácter general para el trabajo a tiempo parcial si bien matizándola, en lo que respecta al cálculo del período de carencia, al contemplar la aplicación de un coeficiente de 1,5 sobre los días teóricos de cotización. Esta previsión, no obstante su importante funcionalidad para facilitar el acceso a las prestaciones de otros trabajadores, no resultará aplicable cuando la situación de pluriempleo se produzca entre un trabajo a tiempo completo y un trabajo a tiempo parcial, pues no sólo el artículo 3.5 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, refiere la simultaneidad a actividades a tiempo parcial, sino también porque opera el principio general según el cual constituye límite máximo para la determinación del período cotizado lo que correspondería a un trabajo a tiempo completo ¹²⁴. Por lo demás, este último resulta fundamental también en su aplicación a los trabajadores pluriempleados con varios trabajos a tiempo parcial por cuanto el beneficio derivado de la aplicación del coeficiente señalado encuentra el límite de la jornada correspondiente a un trabajo a tiempo completo.

Por lo que se refiere al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, el artículo 162.5 exige, como se ha señalado con anterioridad, y para el cómputo en su totalidad, la permanencia en dicha actividad durante los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, previsión que se encuentra desarrollada por la Orden de 4 de julio de 1983. Esta norma, como ha señalado la doctrina ¹²⁵ cuya vigencia ha sido reconocida por los Tribunales y habría que añadir, por la propia Administración –que reitera dicho tratamiento normativo para los supuestos de pluriactividad cuando no resulta aplicable el nuevo régimen jurídico previsto en la disposición adicional trigésima octava LGSS tantas veces señalada si bien adaptado a la previsión específica referida a 15 años (*vid. infra*)–, viene a establecer la aplicación estricta de reglas de proporcionalidad en el cómputo de las bases de cotización, evitando así que la no concurrencia del requisito de la simultaneidad de los 10 años anteriores al hecho causante, no redunde en un total desprecio de la situación de pluriempleo a efectos del cálculo de la prestación y, por otro lado, que no se incremente de forma ficticia la base reguladora de la prestación por la vía de incrementar, real o ficticiamente, la actividad profesional en el período de referencia para el cálculo de la base reguladora. Llama la atención, en todo caso, que el período de referencia utilizado sea 10 años, un período absolutamente desconectado de cualquier parámetro utilizado, tanto para el acceso a las prestaciones como para el cálculo de la base reguladora, tanto en la actualidad como en la normativa anterior. Por lo demás, cuando la situación de pluriempleo lo haya sido en régimen de trabajo a tiempo parcial, el sistema de cálculo previsto en la Orden de 4 de julio de 1983 sólo operará respecto de los días efectivamente trabajados operando, respecto de los no trabajados, el mecanismo de integración de lagunas sobre las reglas generales previstas en la disposición adicional séptima LGSS. Sólo de esta forma se mantiene en forma total la proporcionalidad que el sistema pretende.

¹²⁴ Vid. BALLESTER PASTOR, M.A. «La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial», *Relaciones Laborales* n.º 18, 2003, pág. 12.

¹²⁵ Vid. BALLESTER PASTOR, M.A. «La acción protectora en pluriempleo con relación a la normativa sobre trabajo a tiempo parcial», *Relaciones Laborales* n.º 18, 2003, pág. 16.

Sin embargo, no parece ser éste el criterio de la Administración que en la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, y respecto de la pluriactividad (*vid. infra*) reitera su multiplicación por los días efectivamente cotizados en régimen de pluriactividad.

En todo caso, queda fuera del ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social la realización de actividades profesionales por quien ostenta la condición de funcionario en aquellos supuestos en los que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, permite la realización de otra actividad profesional. En este sentido, la disposición adicional vigésima LGSS prevé que en los supuestos de compatibilidad entre actividades públicas autorizadas, los servicios prestados en el segundo puesto o actividad no podrán ser computados a efectos de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en la medida en que rebasen las prestaciones correspondientes a cualquiera de los puestos compatibilizados, desempeñados en régimen de jornada ordinaria. La disposición se completa remitiendo a un futuro desarrollo reglamentario aún inexistente la posibilidad de adecuar la cotización en estos supuestos. Esta disposición, que procede del artículo 7.3 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, supone, en definitiva, excluir la aplicación del régimen de pluriempleo al funcionario a quien hace de peor condición en comparación con cualquier otro trabajador.

B) La pluriactividad: efectos sobre el cálculo de las prestaciones.

Se entiende por pluriactividad la realización de actividades profesionales que dan lugar al alta obligatoria del trabajador por cuenta propia y/o ajena en dos o más regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social (art. 9.1.4 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social). Se trata de una peculiaridad que, lógicamente, encuentra su justificación y razón de ser en la peculiar estructura de nuestro sistema de Seguridad Social así como en el carácter obligatorio de la afiliación/alta y cotización al sistema de Seguridad Social por cualquier actividad profesional salvo los trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad, que no pueden ser calificados como «profesionales».

Por lo demás, la pluriactividad puede presentarse de forma simultánea o de forma sucesiva. En este último caso, como ya se ha señalado, no se trata propiamente o en sentido técnico de «pluriactividad» sino de una situación de alta única, si bien el hecho de haber realizado cotizaciones a otros regímenes puede tener relevancia a efectos de causar derecho a prestaciones, como señalaremos con posterioridad. Con todo, técnicamente la pluriactividad significa la coexistencia simultánea de altas en varios regímenes de la Seguridad Social, lo que determina o tiene su incidencia en el tema ahora examinado.

Desde el punto de vista de la cotización, la situación de pluriactividad obliga al mantenimiento del alta y consiguiente cotización en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en los que el trabajador se encuentre realizando actividad profesional. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en algunos regímenes especiales la aplicación de las reglas que delimitan el campo de aplicación del respectivo régimen especial excluye la posibilidad de pluriactividad. Es el caso, fundamentalmente, del Régimen Especial Agrario y también, en lo que se refiere exclusivamente a los trabajadores por cuenta propia, del Régimen Especial de Trabajadores del Mar en los que tradicionalmente, y en

base al carácter fuertemente asistencializado o subvencionado de dichos regímenes, se ha exigido que dicha actividad constituyera el medio fundamental de vida del trabajador lo que excluía la realización de actividad en régimen de pluriactividad. No obstante, y por lo que respecta exclusivamente a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, las últimas reformas operadas sobre su sistema de cotización remitiéndolos a la aplicación de las normas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con la desaparición de la asistencialización justificadora de su propia existencia, ha supuesto también la modificación de la regla de la habitualidad y medio fundamental de vida, por lo que ya es posible la pluriactividad entre el Régimen Especial Agrario (trabajador por cuenta propia) y Régimen General. Persiste, sin embargo, la exclusión para los trabajadores por cuenta ajena de dicho Régimen pues en el mismo subsiste el carácter asistencial en la cotización.

Tampoco puede dejar de señalarse, y por lo que respecta a la cuestión de la obligatoriedad de la afiliación al sistema, la peculiar situación en la que se encuentran los profesionales colegiados. Como es sabido, hasta la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la integración de la Seguridad Social de los profesionales colegiados que realizaban su actividad por cuenta propia exigía la integración colectiva en el Régimen de Trabajadores Autónomos a solicitud del órgano superior de gobierno del colegio profesional. De esta manera, mientras algunos colectivos sí solicitaron dicha integración colectiva, presupuesto ineludible para la integración singular del profesional en el que concurrían los requisitos para la inclusión individual, otros muchos estaban excluidos del ámbito del sistema público de Seguridad Social, encontrando mecanismos de protección social en el ámbito de sus propias Mutualidades de Previsión Social establecidas en los correspondientes Colegios Profesionales, ya fueran de adscripción voluntaria, ya obligatoria. La Ley 30/1995, de 8 de noviembre (posteriormente modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, para aclarar la confusa redacción inicial), dispuso la integración en la Seguridad Social de estos colegiados cuando concurrían individualmente las condiciones establecidas en la normativa reguladora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Con todo, la integración aún no es completa. Del complejo juego de combinatorias posibles entre los distintos parámetros contemplados en la disposición adicional decimoquinta Ley 30/1995 ¹²⁶, de 8 de noviembre, se desprende que todavía es posible la existencia de trabajadores por cuenta propia fuera del ámbito del sistema público de la Seguridad Social y cuya protección se articula, en su caso, a través de las Mutualidades de Previsión Social de los Colegios Profesionales, cuya existencia como instancia única de protección de dichos colectivos supone un cuestionamiento de los principios de solidaridad nacional en los que el Sistema de Seguridad Social se sustenta, si bien es cierto que pueden cumplir un importante papel en el marco de la Seguridad Social complementaria. Se consagran así situaciones de privilegio pues las prestaciones dispensadas por dichas Mutualidades no tienen la consideración de pensiones públicas ¹²⁷ lo que tiene trascendencia fundamental en la aplicación del tope máximo de pensiones públicas pues quien por dicha actividad sí está obligatoriamente integrado en el Régimen de Trabajadores Autónomos y dedica parte de sus ingresos al abono de las cuotas del Régimen de Autónomos y, además, realiza actividad por cuenta ajena determinante de su inclusión en el Régimen General se encontrará con la aplicación del tope máximo de pensión pública, tope que no afectará a quien por dicha actividad por cuenta propia figura integrado en la Mutualidad del correspondiente Colegio Profesional.

¹²⁶ Fecha de inicio de la actividad profesional: Colegio Profesional con Mutualidad constituida con anterioridad al 10 de noviembre de 1995; Colegio Profesional sin Mutualidad constituida antes de dicha fecha.

¹²⁷ *Vid.* artículo 37 Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la redacción operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Por lo demás, la principal singularidad que presenta la pluriactividad desde el punto de vista de la cotización es la inaplicación del límite máximo de las bases de cotización, límite sí aplicable, como se ha señalado, para los supuestos de pluriempleo (art. 9 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social). La realización de varias actividades profesionales determina, por tanto, la obligación de cotizar conforme a las normas de cotización vigentes en cada uno de dichos regímenes y sin ninguna vinculación entre ellas que obstaculice o limite dicha cotización. No obstante, hay que tener en cuenta que, en el supuesto más habitual que es la pluriactividad entre el Régimen General y el Régimen de Trabajadores Autónomos, en este último la posibilidad de seleccionar la base de cotización entre una mínima y un máximo permite al trabajador no cotizar por encima del tope máximo, cotizaciones que no repercutirán en el futuro en la intensidad protectora a percibir.

Desde la perspectiva de la acción protectora, la realización de cotizaciones a varios regímenes de la Seguridad Social determina varias posibilidades. Como punto de partida hay que tener en cuenta que, en el supuesto de que el trabajador se encuentre en alta o en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, la cotización a cada uno de los regímenes, no obstante su integración o pertenencia a un mismo sistema de Seguridad Social e incluso pese al proceso de acercamiento de las normas respectivas tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General, tal y como dispone el artículo 10.4 LGSS, determina el nacimiento de la acción protectora en cada uno de los regímenes si el trabajador reúne en ambos los requisitos exigidos y conforme a sus propias reglas, dando así lo que puede denominarse una «duplicidad protectora», duplicidad que, lógicamente, no afecta a las prestaciones en especie (asistencia sanitaria, singularmente). Lógicamente, el trabajador debe reunir «en cada uno de los regímenes» los requisitos que se exigen para acceder a la protección en cada uno de los regímenes singularmente, el alta o situación asimilada y el período de carencia exigido.

La posibilidad abierta por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de acceder a la pensión de incapacidad absoluta y gran invalidez y de jubilación desde la situación de no alta o asimilada determina la posibilidad de acceder a dichas pensiones si se acreditan cotizaciones a varios regímenes aunque en uno de ellos no se esté en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, si bien en tal caso es necesario, por lo que se refiere a la carencia, que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años (art. 138.4 LGSS para Incapacidad Permanente y art. 161.6 LGSS para jubilación). Se trata de una limitación importante, porque se exige una «superposición» de cotizaciones, es decir, un período común de 15 años durante los cuales el trabajador debe haber realizado cotizaciones a ambos regímenes. La falta de superposición de cotizaciones determinará el no nacimiento del derecho a dicha prestación en el régimen en el que el trabajador no se encuentra en alta o asimilada, y la aplicación de las reglas generales y entre ellas, singularmente, la regla prevista en la nueva disposición adicional trigésimo octava LGSS. En todo caso, si en el momento del hecho causante el trabajador está en alta en los dos regímenes, se aplica las reglas generales previstas en cada uno de los regímenes para tener derecho a la prestación.

Es perfectamente posible que el trabajador en situación de pluriactividad, e incluso estando en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante en las dos actividades, no reúna los requisitos para generar pensión más que en uno de los regímenes. Tradicionalmente, dichas

cotizaciones «se perdían» redundando en beneficio del sistema de la Seguridad Social, lo que suponía una diferenciación importante del régimen jurídico de la pluriactividad respecto del pluriempleo, en el cual, como hemos señalado, aunque la prestación es única, la base reguladora de la prestación se integra por la base de cotización la cual, a su vez, comprende la totalidad de las retribuciones percibidas por el trabajador en situación de pluriempleo, si bien con el tope máximo de cotización. La Ley 36/2003, de 11 de noviembre (resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril), ha introducido una nueva disposición adicional trigésimo octava a la LGSS según la cual «cuando se acrediten cotizaciones (superpuestas según el título de la disp. adic. trigésimo octava) a varios regímenes y no se cause derecho a pensión a uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del Régimen en el que se cause derecho a la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento. A efectos de la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación para que pueda efectuarse la acumulación de las bases de cotización prevista en el apartado anterior, será preciso que se acredite la permanencia en la pluriactividad durante los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante. En otro caso, se acumulará la parte proporcional de las bases de cotización que corresponda al período realmente cotizado en régimen de pluriactividad dentro del período a que se refiere el párrafo anterior, en la forma que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». La nueva regulación supone ahora, por tanto, pero sólo para el cálculo de la base reguladora y nunca para la acreditación del período de carencia ni para la determinación del porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de jubilación, que se pueden adicionar o sumar a la base reguladora del régimen en el que se causa derecho a pensión las cotizaciones efectuadas en el otro régimen en el que no se tiene derecho ¹²⁸. En todo caso, el tope máximo de cotización vigente en cada momento constituye un límite infranqueable para dicha acumulación (*vid.* Circular 4/2003, de 8 de septiembre). Por lo demás, y a efectos de la pensión de jubilación la nueva regulación se encuentra limitada por la importante exigencia de que la pluriactividad se mantenga durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante previéndose en caso contrario un conjunto de reglas que pretenden lograr la máxima proporcionalidad con las cantidades cotizadas, reglas por otro lado, ya previstas por la Orden de 4 de julio de 1983 para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en situaciones de pluriempleo ¹²⁹. En todo caso, y tanto para el pluriempleo como para

¹²⁸ Esta nueva disposición adicional trigésimo octava hace decaer la vigencia de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de noviembre de 1997 que preveía que, en el caso de que se acreditaran bases de cotización en otro régimen que no reconozca ni haya reconocido derecho a otra pensión, y aunque se superpusieran en el tiempo con las del régimen de reconocimiento, podía optarse por aquéllas, si resultaban más favorables para el interesado (sobre la existencia de dicha Resolución, *vid.* ROQUETA BUI, «La incapacidad permanente», 2000, pág. 182).

¹²⁹ Dispone la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, las siguientes reglas (pto. 6.1.6.Dos):

Primera: Por el período de los 5 años más alejados del hecho causante, se tomarán en cuenta las bases correspondientes al Régimen en que se reconozca la pensión, salvo que las del otro Régimen concurrente sean de mayor cuantía, en cuyo caso se tomarán estas últimas.

Segunda. Por el período de los 10 años anteriores al hecho causante, se tomarán las bases de cotización de la actividad o actividades correspondientes al Régimen que reconozca la pensión, salvo que las del otro Régimen sean de mayor cuantía, en cuyo caso se tomarán estas últimas.

Tercera. Los importes de las restantes bases de cotización, comprendidas en el período de los diez años anteriores al hecho causante, superpuestas a las que se han considerado por aplicación de la regla segunda, se computarán del siguiente modo:

- El importe global de dichas bases de cotización se dividirá por 365 días, con objeto de hallar los valores promedios diarios de cada uno de ellos, durante el período de los 10 años anteriores al hecho causante.

la pluriactividad, no se puede perder de vista que cuando nos referimos al cómputo de las cotizaciones a efectos de la base reguladora y dado que dicha base reguladora se calcula sobre un determinado período de referencia, es perfectamente posible que quede fuera del mismo el período en el que se ha cotizado en situación de pluriempleo o de pluriactividad.

Especial referencia merece la nueva regla sobre incompatibilidad de pensiones de muerte y supervivencia contenida en la nueva redacción del artículo 179.1 LGSS operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social. Según dicho precepto respecto de la pensión de viudedad, y aplicable también a las pensiones de orfandad (*ex* 179.2 párrafo tercero LGSS) y a las pensiones en favor de familiares (*ex* 179.6 LGSS), la pensión de viudedad, cuando se acceda desde una situación de no alta o asimilada, será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad (orfandad, en favor de familiares, respectivamente) en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, 15 años. Esta previsión cumple una función similar a las antes señaladas contenidas en los artículos 138.4 LGSS (incapacidad permanente) y 161.6 LGSS (jubilación) si bien presenta singularidades importantes que suponen, por lo demás, una ruptura importante en la, tantas veces invocada por el legislador, proporcionalidad en cálculo de las prestaciones.

Efectivamente, la posibilidad abierta por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, como ya se ha señalado), de acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia desde la situación de no alta si bien acreditando un período de carencia de 15 años, dejó abierta una posibilidad, no buscada por el legislador –pues aquella reforma respondía a la necesidad de permitir el acceso a las prestaciones señaladas a los beneficiarios de sujetos causantes con amplios períodos de cotización pero que no se encontraban en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante– de duplicidad protectora al no haber establecido el mecanismo corrector de la superposición de cotizaciones, sistema sí previsto para el acceso a la protección por incapacidad permanente y por jubilación desde la situación de no alta o asimilada. La reciente reforma ha incidido sobre dicha materia pero con la singularidad de establecer la superposición de cotizaciones como excepción a la incompatibilidad de pensiones de viudedad (u orfandad, o en favor de familiares, respectivamente) causadas en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social cuando se accede a una de ellas desde la situación de no alta o asimilada, mientras que en incapacidad permanente y jubilación dicha superposición es requisito para causar pensión. Esta diferencia de regulación, que puede ser deliberada o no, lleva aparejada, en mi opinión, la inaplicación de la nueva disposición adicional trigésimo octava LGSS que exige, para la acumulación de cotizaciones para el cálculo de la base reguladora que el mismo dispone, que no se cause derecho a pensión en uno de ellos. Una cosa es no causar pensión y otra es causar pensión pero que resulte incompatible con otra, en cuyo caso se reconoce un derecho de opción al trabajador. La redacción del nuevo artículo 179.1 párrafo segundo se refiere claramente a incompatibilidad de pensiones lo que reconduce el tema a un simple derecho de opción entre dos pensiones incompatibles sin que las cotizaciones efectuadas en el régimen por el que no se opta tengan traslado al cálculo de la base reguladora de la otra pensión.

- El cociente se multiplicará por el período de días efectivamente cotizados en pluriactividad, durante el período señalado de 10 años.

Cuarta. La suma de las bases de cotización a que se refieren las reglas primera y segunda, con los importes que resulten en el producto final a que se refiere la regla tercera, se dividirá por 210, siendo el resultado la base reguladora de la pensión.

C) La totalización de cotizaciones. El cómputo recíproco de cotizaciones entre los distintos regímenes que integran el sistema y entre diferentes sistemas de Seguridad Social. La dimensión internacional del cómputo recíproco.

En el supuesto de que el trabajador no reúna los requisitos para acceder a prestación de que se trate en ninguno de los regímenes, el sistema prevé el recurso al cómputo recíproco de cotizaciones. El Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, dispone –para las pensiones de jubilación o retiro, invalidez permanente o muerte y supervivencia–, la totalización de períodos de cotizaciones –sucesivos o alternativos– a solicitud del interesado **y siempre que no se superpongan** para la adquisición del derecho a la pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje de años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de dichas pensiones. La totalización de cotizaciones, por tanto, tiene dos limitaciones fundamentales: en primer lugar, y respecto de las cotizaciones computables, atiende exclusivamente a las cotizaciones sucesivas o alternativas a varios regímenes de la Seguridad Social pero sin que puedan computarse períodos superpuestos de cotización a distintos regímenes; en segundo lugar, y respecto de la finalidad del cómputo recíproco, las cotizaciones lo son a efectos de la adquisición del derecho (es decir, acreditación del período de carencia) y para determinar, en su caso el porcentaje de años de cotización aplicable cuando la cuantía de la pensión depende de dicha variable, es decir, para la pensión de jubilación, única que utiliza dicha variable para el cálculo de la cuantía de la pensión. No obstante la falta de referencia al valor del cómputo recíproco para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones, la jurisprudencia ¹³⁰ se manifestó a favor de tal posibilidad en base al principio de intercomunicación de cuotas de cotización de todos los regímenes de la Seguridad Social previsto en el artículo único del Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, de cómputo recíproco de cotizaciones. En definitiva, que la acreditación de cotizaciones en distintos regímenes de forma alternativa o sucesiva y cuando el trabajador no reúne los requisitos para tener derecho a la prestación en ninguno de ellos, se toman en cuenta todas ellas para el cómputo del período de carencia, para el cálculo de la base reguladora y para la fijación del porcentaje aplicable en el caso de que la cuantía de la pensión dependa de un porcentaje en función de los años de cotización ¹³¹.

¹³⁰ STS de 25-10-1988 (RJ 1988, 8156) y las allí citadas.

¹³¹ La pensión será reconocida por el órgano o entidad gestora del régimen en el que el trabajador hubiera efectuado las últimas cotizaciones (art. 4.2 RD 691/1991) si reúne los requisitos exigidos en el mismo. Si no reúne los requisitos, la pensión se reconocerá por el régimen en el que acrediten mayores cotizaciones y aplicando sus propias normas. Si el régimen en el que se causa la pensión no es el último en el que el trabajador esté o haya estado en alta o asimilada, el reconocimiento del derecho se realiza conforme a las reglas de dicho régimen, teniendo en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión las bases de cotización al último régimen en el que el trabajador hubiera estado en alta o asimilada y la de otro u otros regímenes anteriores aplicando también lo señalado con anterioridad sobre el cómputo de las eventuales cotizaciones superpuestas. El *dies a quo* para la determinación del período computable para la base reguladora será el hecho causante de la pensión (Circular 4/2003, de 8 de noviembre). Esto supone que, por lo que respecta a la integración de lagunas ya señalada, si la prestación se reconoce en algún régimen de los que la admite, procede la misma incluso de períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta en alguno de los regímenes que no la admitan [STS Cataluña de 24-11-1995 (AS 1995, 5557)]. Aun en el caso de que se reconozca la pensión en alguno de los regímenes que no la admiten, si se aprovechan las bases de cotización de alguno de los regímenes en que sí se admite la integración de lagunas, el INSS admite la integración para aquellos períodos de alta o asimilación al alta sin obligación de cotizar, que sean subsiguientes a la situación de alta en dicho régimen (Circular de la Dirección General del INSS n.º 4/2003, de 8 de septiembre). Las anteriores son, en todo caso, excepciones o matizaciones a la regla gene-

Un supuesto particular de totalización de cotizaciones es la que se produce, no ya por la concurrencia de cotizaciones a distintos regímenes dentro del sistema español de Seguridad Social, sino en los supuestos de confluencia de diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social. Aunque, como es sabido, en materia de Seguridad Social rige el principio de territorialidad según el cual la norma aplicable es la del lugar de prestación de la actividad profesional, el derecho internacional de la Seguridad Social prevé mecanismos de coordinación entre los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social en orden a soslayar los inconvenientes que, para los trabajadores, se pueden derivar, en materia de Seguridad Social, de los movimientos migratorios. Tanto el derecho coordinatorio europeo, constituido por el Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, como fuera del ámbito comunitario a través de la aplicación de los distintos Convenios internacionales suscritos con terceros países en materia de Seguridad Social, se estructuran sobre principios semejantes entre los que adquiere especial relevancia el principio de conservación de derechos en curso de adquisición, que encuentra su aplicación práctica a través de la totalización de los períodos de seguro y la cláusula *pro rata temporis*. La totalización de los períodos de seguro persigue la reconstrucción de la carrera de seguro del trabajador de tal manera que se computan todas las cotizaciones del trabajador como si las hubiera cubierto bajo la legislación del Estado que va a reconocer la prestación y la pensión así reconocida se reparte, para su pago, entre los distintos Estados implicados. En todo caso, a los efectos que ahora interesa, resulta esencial la determinación del sistema de cálculo de la base reguladora de las pensiones causadas al amparo de estas normas internacionales. Las opciones actuales son dos: o bien la prestación se calcula sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España, revalorizándose la pensión así calculada conforme al importe y revalorizaciones calculadas para cada año posterior para las pensiones de la misma naturaleza ¹³² o bien sobre la base mínima de cotización vigente en España para el período que se ha de tomar para el cálculo de la base reguladora, correspondiente a la última categoría laboral del interesado en España ¹³³. El primer sistema, claramente apegado a una interpretación estricta de la «contributividad» y cuantitativamente más numeroso y el previsto en la normativa comunitaria, resulta muy perjudicial para el trabajador pues, por lo general, se toman en consideración bases de cotización que están muy alejadas en el tiempo y que el mecanismo señalado de la revalorización no subsana. Se ha descartado así, tras la reforma operada en 1992 sobre el Anexo VI D.4 Reglamento 1408/1971, el sistema anterior que el Tribunal Supremo vino interpretando en el sentido de aplicar la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima establecidas en España

ral en atención al cómputo recíproco de cotizaciones pues en los ya señalados regímenes especiales está excluida la aplicación del artículo 140.4 LGSS (*ex disp. adic. octava LGSS*) [SSTS de 23-11-1992 (RJ 1992, 8829), de 26-6-1996 (RJ 1996, 5307), STSJ Andalucía/Sevilla de 1-10-2002 (AS 2003, 843), STSJ Cataluña de 2-11-2001 (AS 2002, 504), STSJ Cataluña de 21-2-2003 (AS 2003, 1942)].

¹³² Ésta es la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación prevista en la normativa comunitaria y también cuando se reconoce en virtud de Convenios bilaterales suscritos por España con Chile, Uruguay, Túnez, Brasil, Canadá, México, Rusia y Ucrania. También resulta aplicable para el cálculo de la base reguladora de la Incapacidad Permanente salvo cuando intervengan sólo Estados en cuya legislación la cuantía de la pensión de incapacidad permanente no depende de la duración de los períodos de seguro (legislación tipo A) en cuyo caso si en el período a tener en cuenta para el cálculo de dicha base hubiera sido cumplido, en todo o en parte, en el país extranjero, en cuyo caso se calculará conforme la base mínima de cotización vigente durante dicho período correspondiente a la última categoría laboral del interesado.

¹³³ Ésta es la fórmula prevista para la base reguladora de la pensión de jubilación para el resto de Estados con los que España tiene suscritos convenios bilaterales.

para cada año del período de referencia y durante los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación del otro Estado para un trabajador de la misma categoría profesional que la desempeñada por el beneficiario, con las revalorizaciones y actualizaciones pertinentes. Aunque este sistema partía de un sistema de atribución de cotizaciones «ficticias» a los efectos del cálculo de la base reguladora para su cálculo en España resultaba, sin duda, más cercano al valor de los salarios dejados de percibir en el otro Estado y consiguientemente, a la cotización realizada en tanto en cuanto ésta está en función de aquella. La actual opción por las bases de cotización **reales** del trabajador aleja la cuantía de la pensión del esfuerzo contributivo realizado y, en mi opinión, penaliza la libertad de circulación consagrada por el derecho comunitario, si bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [STJCE de 17-12-1998 (Asunto Grajera Rodríguez)] desestimó la cuestión prejudicial presentada en tal sentido por el Tribunal Supremo cuyos últimos pronunciamientos ¹³⁴ han declarado la imposibilidad de tomar las bases medias de cotización vigentes en España en los últimos años trabajados por el interesado en España, con la única excepción de que el trabajador, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Comunitario en España, ya ejerciera su actividad laboral en otro Estado, si entre ambos Estados, existía un Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social más favorable [STJCE de 7-2-1991 (Asunto Rönfeldt)] ¹³⁵.

CONCLUSIÓN

Como ya se ha señalado, el propósito de este trabajo ha sido analizar, desde una perspectiva jurídica, las distintas instituciones que intervienen en la determinación del nivel de contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social, así como los muchos elementos que inciden directamente en la tricotomía trabajo-cotización-prestación, al ser la actividad profesional el elemento determinante para la inclusión en el campo de aplicación del sistema. En este análisis ha cobrado especial relevancia el estudio de las últimas, y muy abundantes, reformas operadas sobre el conjunto del sistema y en muchas de sus instituciones por lo demás, no necesariamente relacionadas de forma directa con el sistema de determinación de la cuantía de las prestaciones pero que acaban teniendo un incidencia, en mayor o menor medida, sobre un tema fundamental: hasta dónde va a llegar la reestructuración de los elementos públicos y privados en la conformación del futuro sistema de Seguridad Social.

¹³⁴ STS de 9-3-1999 (RJ 1999, 2755).

¹³⁵ Según la Sentencia Rönfeldt, aunque el Derecho comunitario en general es de aplicación preferente respecto de eventuales Convenios Bilaterales suscritos entre Estados Miembros, es posible la aplicación del Convenio Bilateral (en el asunto examinado, el Convenio Hispano-Alemán de 1973), respecto de aquellos trabajadores que, antes de la entrada en vigor del Reglamento en su territorio (1-1-1986) ya ejercían actividad profesional en el otro Estado Miembro y aquella resulta más favorable.