

El impacto de la crisis económica en la Seguridad Social: panorama general de las últimas reformas

Autora

Amparo Esteve-Segarra . Profesora Titular de Universidad. Magistrada Suplente del TSJ de la Comunidad Valenciana. amparo.esteve@uv.es. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (UV). Facultad de Derecho. Avenida dels Tarongers s/n, 46071, Valencia. Spain. orcid.org/0000-0003-3773-4668

Trabajo realizado por el grupo de investigación sobre transformaciones del Derecho del Trabajo y protección social". LABORUM 3.0. Referencia GIUV 2013-043

Esta ponencia se encuentra publicada en la colección Cuadernos Digitales de Formación con el título "Últimas novedades en materia de Seguridad Social". El CGPJ ha autorizado esta publicación.

Resumen:

El documento es un estudio de las reformas del quinquenio 2011-2015 en las prestaciones medulares del sistema de Seguridad Social español. El trabajo se inicia con una introducción, que aborda diversos aspectos formales de la legislación de Seguridad Social de este período, en particular desde el punto de vista de las reglas de transitoriedad y los problemas de Derecho temporal de las reformas. A continuación, se trazan algunas cuestiones generales sobre las prestaciones del sistema, con especial incidencia en algunos pronunciamientos jurisprudenciales particularmente novedosos. El grueso del trabajo aborda los principales cambios legislativos o jurisprudenciales en materia de prestaciones de jubilación, desempleo, incapacidad temporal y permanente, y viudedad y orfandad.

ÍNDICE

I. LOS CONDICIONANTES EUROPEOS DE LAS REFORMAS DEL QUINQUENIO 2011-2015: CONTRIBUTIVIDAD Y REGLAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

II. LA LEGISLACIÓN DE LA CRISIS: ASPECTOS FORMALES

1. El ámbito de aplicación

2. El ámbito temporal

Social 2.1. Los principios generales de Derecho intertemporal de Seguridad

2.1.1. La responsabilidad de las Mutuas por IP derivadas de enfermedad profesional

2.1.2. Irretroactividad de las leyes y revalorización de pensiones

2.2. La complejidad de las reglas de transitoriedad y entrada en vigor de las reformas prestacionales

2.2.1. La dispersión de las reglas de transitoriedad

2.2.2. Los diferentes arcos de temporalidad

2.2.3. La falta de transitoriedad de algunas reformas

2.2.4. Las idas y venidas en la producción normativa: la suspensión de la entrada en vigor de algunas reformas

2.2.5. La aplicación de las viejas reglas de juego para algunos colectivos: la polémica DF. 12ª de la Ley 27/2011

3. La forma de las leyes: desfiguración normativa mediante leyes ómnibus y la utilización desmedida de la legislación de urgencia en las reformas de la Seguridad Social

III. REFORMAS EN MATERIA DE PRESTACIONES

1. Últimos pronunciamientos sobre determinación de contingencias

2. El ilícito penal en materia de fraude en la obtención o disfrute de prestaciones

IV. JUBILACIÓN

1. La situación protegida y requisitos de acceso a la protección

1.1. El incremento de la edad de jubilación pensionable

1.2. El endurecimiento de los requisitos para el cálculo de la prestación

1.2.1. El cómputo de la base reguladora

- 1.2.2. Los años de cotización para la pensión plena
 - 1.2.3. El porcentaje
 - 1.2.4. Las excepciones a la aplicación de las nuevas reglas de cálculo de la cuantía de la pensión.
- 2. Los cambios en la jubilación anticipada
 - 2.1. La jubilación anticipada por cese en el trabajo no imputable al trabajador
 - 2.2. La jubilación anticipada de carácter voluntario
- 3. La jubilación parcial
 - 3.1. Acotaciones sobre el derecho transitorio en materia de jubilación parcial
 - 3.2. La jubilación parcial anticipada a la edad ordinaria de jubilación
 - 3.3. La jubilación parcial diferida
- 4. Las excepciones a la regla de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo
 - 4.1. La jubilación flexible
 - 4.2. La compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia inferior al SMI
 - 4.3. Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación reducida al 50%.
- 5. El fomento del retraso en la edad de jubilación
 - 5.1. La eliminación de las cláusulas de jubilación forzosa
 - 5.2. La estimulación a la prolongación de vida activa
 - 5.3. Las mayores dificultades a las prejubilaciones

V. DESEMPLEO

- 1. Requisitos generales: exigencia de residencia y salidas al extranjero
- 2. Prestación por desempleo
- 3. Subsidios por desempleo
- 4. Renta activa de inserción y programas para las personas que agoten su protección por desempleo
- 5. Novedades en el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos

VI. INCAPACIDAD TEMPORAL

1. Las propuestas de alta por parte de las Mutuas en procesos de IT por contingencias comunes

2. Procedimiento de declaración de contingencia

3. El procedimiento especial de revisión de las altas médicas

3.1. Procedimiento de revisión de altas médicas emitidas por la Entidad Gestora

3.2. Procedimiento de revisión de altas emitidas por facultativos de las Mutuas en procesos derivados de contingencias profesionales en procesos de IT antes del agotamiento de los 12 meses de duración

4. La incomparecencia a los reconocimientos médicos

5. La pérdida o suspensión de subsidio por otras causas

6. Nueva regulación de los partes de baja y de confirmación de la baja

VII. INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Concepto y grados de incapacidad: criterios jurisprudenciales recientes

2. Requisitos de acceso

2.1 Afiliación y alta

2.2. Períodos de cotización

2.3. Incapacidad permanente a partir de la edad de jubilación

3. Cuantía de las prestaciones

4. Compatibilidad e incompatibilidad con otras prestaciones de Seguridad Social: criterios judicializados en relación con la “pluriactividad sucesiva”

VIII. VIUDEDAD Y ORFANDAD

1. Criterios jurisprudenciales en relación con el acceso de las uniones de hecho a la pensión de viudedad

2. El requisito del vínculo conyugal

3. Requisitos generales

4. La exigencia de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio

5. Derecho de acrecimiento en casos de orfandad absoluta de descendientes de uniones de hecho

6. Últimas reformas

I. LOS CONDICIONANTES EUROPEOS DE LAS REFORMAS DEL QUINQUENIO 2011-2015: CONTRIBUTIVIDAD Y REGLAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Es un tópico que las reformas en materia de Seguridad Social son una suerte de estado permanente consecuencia de la adaptación continúa del sistema de protección social a la evolución de las necesidades sociales con una demanda infinita y unos recursos limitados. Sin embargo, la crisis habría acrecentado el grado de complejidad y conflictividad de los cambios en materia de protección social.

El impacto de la crisis se predicaría en dos vertientes: la crisis de financiación y la crisis derivada de la degradación de la ordenación legal. La crisis de financiación deriva del crecimiento del gasto como consecuencia del aumento de las necesidades de protección y por el incremento en los gastos en prestaciones, especialmente de desempleo y jubilación, donde se habría producido un incremento del número de pensiones y de su cuantía media, que ha motivado la utilización del Fondo de reserva durante sucesivas anualidades. Y es que el crecimiento del número de pensiones en los últimos años habría creado una fuerte presión en el equilibrio financiero del sistema de pensiones. Y, segundo, por una caída de los recursos, derivados de una conjunción de factores: crecimiento del nivel del paro, valoración del impacto negativo del incremento de las cotizaciones sociales para reducir el desempleo, consignas de estabilidad presupuestaria y limitación del déficit público, etc. De estos condicionantes, me atrevería a destacar este último, porque singulariza el período 2011-2015 de reformas en materia de Seguridad Social respecto a otros períodos anteriores de reforma (donde se solía hacer referencia a los clásicos problemas del sistema de reparto relativos a la evolución demográfica y el aumento de los índices de dependencia). Y es que si bien los componentes económicos habrían aparecido en otras reformas previas en clave correctora o restrictiva del gasto, lo que caracterizaría a las reformas de los últimos años, es que se inscriben en la doble línea de tratar de garantizar la sostenibilidad y la estabilidad presupuestaria. En consecuencia, el *leitmotiv* general de las reformas ha sido reforzar la relación entre aportaciones/cotizaciones y prestaciones.

Al hilo de lo anterior, las reformas en materia de prestaciones se catalogarían dentro de una evolución de políticas de diversos países de la UE dirigidas a la sostenibilidad y el equilibrio financiero de los sistemas de protección social mediante una batería de medidas relacionadas con un refuerzo de la contributividad y la limitación del gasto, como líneas de reforma marcadas desde la UE, desde el llamado método abierto de coordinación. En definitiva, buena parte de las reformas estructurales en España han ido dirigidas a contener el gasto público pues los presupuestos de la Seguridad Social, aunque específicos, forman parte de los presupuestos públicos y estarían sometidos a las reglas de estabilidad presupuestaria¹.

¹ La Seguridad Social estaría sometida a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (*Boletín Oficial del Estado* núm. 103, 30 de abril de 2012), al quedar incluida en el ámbito subjetivo de la mencionada ley (art. 2.1) y estableciéndose específicamente en el art. 11.5, la obligación de las Administraciones de Seguridad Social de mantener una situación de

II. LA LEGISLACIÓN DE LA CRISIS: ASPECTOS FORMALES

La segunda vertiente de la crisis se relacionaría con de la legislación aprobada para combatirla. Es bien conocido que el Derecho de la Seguridad Social se encuentra sometido a un proceso de continuas y amplias reformas, que contrasta con su finalidad de inspirar certezas ante riesgos futuros. Pero desde el estallido de la crisis económica y financiera del año 2008 que provocaría una gran caída de la actividad económica y contracción del PIB y el incremento del desempleo, especialmente entre jóvenes, se han sucedido a gran velocidad las reformas de seguridad social, en un período calificado por la doctrina como de hipernormatividad (Vicente, 2014: 50; Tortuero, 2014: 648). La continuidad y amplitud de las reformas superpuestas deja clara la extraordinaria complejidad de este proceso de avalancha normativa con reformas parciales que acentuarían la patología de la deslocalización normativa de la Seguridad Social. Y en este sentido, alguna reforma concreta, aunque el calificativo se predicaría de todo el proceso, se ha calificado no sólo de asistemática, sino de marcadamente “antisistema”, entendiendo por tal, según el diccionario de la Real Academia, el conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí (Barrios, 2011: 2).

Aludir a la pérdida de sistemática y racionalidad de la legislación de Seguridad Social no es, desde luego, un planteamiento original, empero interesa abordar algunas cuestiones relacionadas con la técnica legislativa empleada en las últimas reformas en punto a tres cuestiones: 1) El ámbito de aplicación de las reformas. 2) El ámbito temporal y 3) El uso de una técnica legislativa descuidada con múltiples manifestaciones (la habitual utilización de normas extravagantes para la reforma de aspectos de Seguridad Social o leyes ómnibus y el abuso del Real Decreto-Ley), lo que a su vez han tenido implicaciones en el derecho intertemporal.

1. El ámbito de aplicación

Las reformas de los últimos años han adoptado diferentes técnicas legislativas. En algunos casos, se han modificado directamente normas de la LGSS, lo que obviamente, implicaba que la reforma afectaba a la regulación del Régimen General, lo que ha obligado a especificar mediante disposiciones adicionales, su aplicación o no a

superávit o equilibrio financiero y la excepcionalidad de la posibilidad de incurrir en déficit estructural. En este último caso se prevé la aplicación de la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y que el déficit de la administración central se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social. En caso de superávit en las cuentas de la Seguridad Social, éste se aplicará prioritariamente al Fondo de Reserva (art. 32). Esta ley orgánica también prevé en su art. 18.3, que en caso de desequilibrio presupuestario, el gobierno deberá realizar los mecanismos de ajuste y revalorización del sistema de pensiones que “resulten necesarios” para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social mediante normas con rango de ley.

los regímenes especiales². En otros casos, la regulación se ha mantenido en leyes específicas, lo que ha incrementado en este quinquenio el fenómeno exacerbado de pulverización del Derecho de la Seguridad Social, sometido como ninguna otra rama del ordenamiento jurídico a distintos tipos de leyes sectoriales y temporales.

Asimismo, son comunes las quejas sobre los fenómenos de hipertrofia legislativa, la defectuosa técnica legislativa y la alta complejidad técnica, pues parece que con la proliferación normativa, la cantidad va en detrimento de la calidad. En definitiva, la doctrina ha advertido del peligro de esterilidad jurisprudencial, de que la jurisprudencia resuelva contenciosos con legislaciones que ya forman parte del Derecho histórico y los problemas de aplicación derivados de las dificultades de conocer una regulación amplia, compleja y con un carácter fuertemente inestable y, hasta experimental, pues muchas reformas están sometidas a un juicio de puesta en práctica y examen de sus resultados. En todo caso, algunas modificaciones normativas abrirían problemas interpretativos en la medida en que el ordenamiento de Seguridad Social está integrado por distintas normas, por lo que al modificarse algunas piezas se abren dudas sobre el ensamblaje de otras normas no directamente modificadas.

El laberinto normativo de las reformas se ha incrementado por otros factores ajenos al carácter necesariamente técnico de muchos de los cambios, como es una más que cuestionable técnica legislativa. Aunque hay diversos aspectos que podrían ejemplificar la defectuosa técnica legislativa (uso y abuso del decreto ley,...), acaso el más notorio esté en la regulación del derecho transitorio que necesariamente debe acompañar a toda reforma del sistema de prestaciones de Seguridad Social.

2. El ámbito temporal

2.1. Los principios generales de Derecho intertemporal de Seguridad Social:

Es bien sabido que las reglas sobre el ámbito temporal de las reformas de Seguridad Social revisten especial importancia, por el alto grado de conflictividad jurídica de los cambios en una rama del ordenamiento de carácter dinámico y cuyo objeto es la tutela de situaciones de necesidad. Pues bien, en el ámbito de las reformas normativas que pivotan sobre la vertiente prestacional ha de partirse de tres reglas clásicas en la materia. En primer lugar, se estará a la vigencia específicamente prevista, o si no a la regla general del art. 2.1 del C.c., sin efectos retroactivos. En segundo lugar, en el ámbito específico prestacional, en cuanto a la determinación temporal de la legislación vigente, continúa siendo regla general, la DT 1ª de la LGSS que establece el criterio de prestación causada, en línea con el clásico principio de *tempus regit actum*. Esta regla que implica aplicar la normativa vigente en el momento de causarse la prestación ha sido generalizada por la jurisprudencia. Empero, en función del tipo de prestación

² Vid. por ejemplo, la DA 8ª, ap. 1 LGSS, en punto a la aplicación a todos los regímenes del incremento de la edad de jubilación pensionable.

presenta problemas específicos, puesto que en algunas prestaciones como las de muerte o supervivencia, la fijación del hecho causante es sencilla pues se causaría la prestación en el momento de la muerte del causante³, mientras que en otros casos, cuando las contingencias no derivan de un hecho puntual, sino de un proceso continuado, la cuestión se complica⁴. Uno de los problemas que lo ejemplifica es la responsabilidad de las Mutuas por prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional.

2.1.1.- La responsabilidad de las Mutuas por IP derivadas de enfermedad profesional

Uno de los aspectos que genera no poca litigiosidad es el relativo al pago de la prestación económica por incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional, pues la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2008, incorporó la modificación del art. 68.3.a) de la LGSS donde se incluía la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional a las Mutuas. En aras de facilitar la aplicación de esta disposición, se dictó la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009. Dicha Resolución ha sido objeto de cuestionamiento en determinadas sentencias del Tribunal Supremo, entendiéndose que tendría un carácter meramente interpretativo, al dictarse por un órgano que carecía de potestad reglamentaria sin habilitación legal y la imposibilidad de establecer normas retroactivas de la responsabilidad de las Mutuas (STS 26-3-13, rec. 1207/12 y las allí citadas). Sin embargo, dicha doctrina jurisprudencial no ha cerrado la conflictividad totalmente, pues, en primer lugar, se refiere a supuestos fácticos en los que la exposición al riesgo profesional se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 51/2007, pero el reconocimiento de la prestación se produjo cuando estaba vigente el aseguramiento por las Mutuas de la contingencia de enfermedad profesional y los procesos de incapacidad permanente derivaban de situaciones de incapacidad temporal. Sin embargo, no está claro que ocurre en otras situaciones, por ejemplo cuando el trabajador no habría impugnado la resolución denegatoria de la incapacidad permanente anterior, que derivaba de una IT por enfermedad profesional, e iniciaría posteriormente el proceso de reclamación de incapacidad permanente desde la situación de desempleo. Y además, en segundo lugar, la falta de efectos vinculantes de la resolución establecida por la jurisprudencia deja sin criterio interpretativo la resolución de estas cuestiones. Y es que la cuestionada Resolución de la Dirección General de

³ En materia de jubilación, donde en el supuesto de causarse en situación de alta, "el hecho causante debe entenderse producido al día siguiente al del cese en el trabajo" (STS 22-12-90, R.J. 1990/9823).

⁴ Por ejemplo, en materia de incapacidad permanente, vid. el criterio clásico contenido en la STS 27-9-91, rcud. 384/91, que parte, como regla general, de que el hecho causante de la invalidez permanente queda vinculado al dictamen de la unidad médica de valoración de incapacidades, constituyendo la excepción cuando las lesiones hayan quedado fijadas antes, con el carácter de irreversibles y dotadas de efectos invalidantes. En este sentido, los mayores problemas se centran en la protección de la enfermedad incapacitadora para el trabajo en sentido amplio, donde se mantiene una percepción de continuidad con la relación entre incapacidad temporal e incapacidad permanente.

Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009, establecía determinados criterios, según la IP estuviera precedida o no de una situación de IT⁵.

Ante la falta de reglas específicas, pueden adoptarse diversas interpretaciones pero la más plausible es que la responsabilidad de las prestaciones correspondería a la entidad que tuviera la cobertura en el momento del hecho causante. A estos efectos, ha de estarse al art. 13. de la OM de 18-1-1996, que dispone que “ *El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente. En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades*”. De haber una concurrencia de entidades responsables, la responsabilidad deberá aplicarse proporcionalmente al tiempo de génesis de la enfermedad profesional.

2.1.2.- Irretroactividad de las leyes y revalorización de pensiones

El tercer criterio en materia de Derecho intertemporal de Seguridad Social es el de irretroactividad de los derechos adquiridos. El art. 9.3 CE garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Empero, esta garantía en la interpretación del Tribunal Constitucional no es un principio general sino que se ciñe exclusivamente a la retroactividad en grado máximo. Es bien sabido que ello implica la prohibición de la retroactividad *in peius ex post facto* de normas sancionadoras o restrictivas que tengan por objeto derechos fundamentales del Título I, y siempre que se trate de situaciones consolidadas o integradas en el patrimonio del sujeto, no cuando se trate de situaciones pendientes o condicionadas o meras expectativas⁶.

Una aplicación de esta interpretación se ha plasmado en un asunto general que ha generado cierta litigiosidad, cual es el de la obligación de los poderes públicos de garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE) y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 ET). Es claro que en un análisis general de los principales problemas que el actual momento histórico plantea al Derecho de la Seguridad Social, por sintético que sea, no puede dejar de referirse al tema de la revalorización de pensiones. El Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 49/2015, de 15 de marzo, que contaría con un voto particular discrepante, al que se habrían adherido varios magistrados, ha resuelto en recurso de

⁵ En el segundo caso, ha de estarse a la Instrucción 3.1.B) “ *Incapacidad permanente no precedida de una situación de incapacidad temporal: La responsabilidad de las prestaciones corresponderá a la entidad gestora o mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales del trabajador en la fecha del dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades*”.

⁶ Entre otras, vid. la doctrina elaborada en SSTC 70/1988, de 19 de abril, y 150/1990, de 4 de octubre.

inconstitucionalidad 1114/2013, avalar la constitucionalidad del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre de 2012, que dejó sin efecto, la actualización de las pensiones en relación con el índice de precios al consumo (en adelante, IPC)⁷. En síntesis, dicha sentencia establecería que, en línea con lo sostenido por el Abogado del Estado, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a la actualización de su pensión, no un derecho consolidado o asumido en su patrimonio⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional diría que “nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de irretroactividad que considere oportuno” e incidiría en que la obligación de actualización de la revalorización inicial de las pensiones se realizaba de acuerdo con lo que establece la LPGE, no implicaría, como pretendían los recurrentes “una mera remisión a los efectos de que esta ley habilite la correspondiente partida de gasto presupuestario”. Por el contrario, consideró el TC que “supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiente solvencia del sistema de Seguridad Social”.

La sentencia tiene interés no tanto en aras de su proyección práctica inmediata, puesto que la interpretación mayoritaria de la sentencia se había venido manteniendo en buena parte de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia⁹, y sobre todo, porque el sistema de revalorización del sistema de pensiones se ha modificado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social¹⁰. El interés del pronunciamiento constitucional radica en suministrar una visión

⁷ La revalorización automática de las pensiones en función del IPC se preveía en el art. 48.1.1 LGSS y en el art. 28.1 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas. El sistema suponía una revalorización en función de la estimación de la variación del IPC realizada a principios de año, de manera que cabía la actualización de la diferencia. En noviembre de 2012, en plena época recesiva, el Consejo de Ministros mediante el Real Decreto-Ley 28/2012 de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social decidió no pagar la diferencia entre el 1% de subida de las pensiones que se produjo en enero de 2012 y el 2,9% que según el INE era el incremento de precios real. Ello se hizo por el art. 5 del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social. En el recurso planteado por diversos partidos políticos de la oposición, se argumentaba que la norma impugnada dejaba de atender la obligación de actualizar las pensiones ya recibidas durante el 2012, incidiendo en un derecho consolidado.

⁸ En cambio, en el voto particular formulado por los magistrados Fernando Valdés y Luis Ortega, al que se han adherido Adela Asúa y Juan Antonio Xiol, los magistrados habían considerado que la expectativa de los pensionistas a ver actualizada su pensión se convertiría en un derecho adquirido cuando se cumplió la condición establecida en la ley, esto es, la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto.

⁹ Vid., entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1, de 25 de noviembre de 2014, rec. 393/2014. *ROJ: STSJ CLM 3419/2014* y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, de 17 de octubre de 2014, rec. 466/14. *ROJ: STSJ M 12987/2014*. En todas ellas se entendía que la norma que dejaba sin efecto el art. 48 de la LGSS no afectaba a derechos adquiridos o consolidados. En contra, vid. por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de San Sebastián, Sección 4, de 6 de junio de 2013, rec. 250/2013, *ROJ: SJSO 36/2013*, que reconoció el derecho a percibir la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el 2012.

¹⁰ El llamado factor de sostenibilidad se regula en la DA quincuagésima novena de la LGSS, introducido por el art. 8 de la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 104, 2 de agosto de 2011. Inicialmente se previó que sólo podría

restrictiva desde el punto de vista técnico del principio de irretroactividad en materia de Seguridad Social, que exige que la prestación haya quedado incorporada perfectamente al patrimonio del pensionista, no configurándose el derecho a la revalorización como un derecho consolidado.

aplicarse a partir de 2027, lo que según opinión mayoritaria de la doctrina científica lo hacía inoperante (García, 2013: 290). El factor de sostenibilidad se reguló en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 309, 26 de diciembre 2013. Esta ley está desarrollada por el Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de seguridad social y de otras prestaciones sociales públicas. La Ley 23/2013 introdujo en el ordenamiento dos elementos determinantes de la cuantía de las pensiones. El primero sería el factor de sostenibilidad, previsto únicamente para las pensiones de jubilación, fijándose a la postre, su entrada en vigor a partir del 1-1-2019 (DF 5ª) En la Ley 27/2011, estaba previsto que el primer año de aplicación fuera el 2032 (cinco años a partir del 2027). El segundo, sería el llamado índice de revalorización de las pensiones, aplicable a todas las pensiones y de inmediata entrada en vigor. El factor de sostenibilidad pretendería ajustar la cuantía inicial de la pensión de jubilación de acuerdo con la esperanza de vida de la generación que acceda a la pensión de jubilación sobre la base de ajustar el importe inicial de la pensión de jubilación a la esperanza de vida, de forma que se pague una pensión menor cuando se prevea que se lucrará la pensión durante mayor tiempo. El objetivo sería mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema efectuadas por empresarios y trabajadores en virtud de la vida laboral del trabajador y las prestaciones esperadas del mismo, lo que se vincula a la esperanza de vida de los pensionistas de jubilación. La formulación del factor es muy compleja puesto que depende de un conjunto de factores (tasa de dependencia, número de cotizantes, tasa de sustitución de las pensiones, evolución del PIB potencial...). Las críticas se centrarían en primer lugar, en que se fundamenta en criterios de esperanza de vida y de prevenir el riesgo de la longevidad y no toma en consideración otros parámetros como el empleo o la evolución de la economía. Y, en segundo lugar, en que dicho factor incide de forma más lesiva sobre las pensiones más bajas. En todo caso, en bastantes países de nuestro entorno se han introducido un factor de este tipo. Para una visión comparada, Trillo: 2013.

El índice de revalorización ha perseguido abandonar el criterio tradicional del revalorización de las pensiones públicas, vinculado como es sabido, al índice de precios al consumo (IPC). El art. 48 de la LGSS preveía una revalorización automática anual en función del IPC previsto. No obstante, esta previsión había sido afectada por la situación de crisis económica. Así, en el 2011, se declaró suspendida la revalorización, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del SOVI y las pensiones no contributivas. En el ejercicio 2012, se previó un incremento del 1% para todas las prestaciones (art. 5 RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. *Boletín Oficial del Estado* núm. 315, 31 de diciembre de 2011) y para el año 2013, un incremento del 1% para las pensiones superiores a 1.000€ al mes y del 2% para las pensiones inferiores a dicha cantidad.

El nuevo sistema persigue que sólo se incremente en un porcentaje mínimo en los ejercicios en los años de déficit y lo haga en un tope máximo en los ejercicios de superávit. La norma fija un suelo y techo para la revalorización, que impide la congelación absoluta de las pensiones, pero no garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores. Se establece en el art. 48 del LGSS que "En ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el período anual anterior a diciembre del año, más 0,50 por ciento". El índice de revalorización es una ratio de formulación compleja que depende de diversas variables macroeconómicas (evolución de la masa salarial, del PIB potencial, etc.). Así para el 2014 y el 2015, se ha determinado que las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas, experimentarán con carácter general, un incremento del 0'25 por cien (LPGE para el 2014 y el 2015).

Este pronunciamiento adelanta seguramente la línea en relación con la constitucionalidad del factor de sostenibilidad, en cuanto a que los derechos reconocidos en los artículos 41 y 51 de la CE son derechos de configuración legal en función de las disponibilidades económicas y las necesidades de los grupos sociales, correspondiendo a los poderes públicos determinar el nivel de protección (STC 65/1987). Por otra parte, la STC 134/1987 ya estableció que los afiliados no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, ni la Constitución obliga a que todas y cada una de las ya causadas, experimenten un incremento anual.

2.2.- La complejidad de las reglas de transitoriedad y entrada en vigor de las reformas prestacionales

El ámbito intertemporal en las reformas requiere un análisis más específico dada la multitud y complejidad de las reglas de derecho transitorio establecidas en las reformas sobre prestaciones. El tratamiento ha sido ciertamente deficiente teniendo en cuenta la multiplicidad de reformas del sistema de Seguridad Social producidas desde diferentes instancias (Cortes Generales y Gobierno) y no siempre con una técnica legislativa depurada. Uno de los ejemplos paradigmáticos es el de la reforma más importante de los últimos años de nuestro sistema de Seguridad Social. Me refiero a la Ley 27/2011, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 104*, 2 de agosto de 2011, y donde el tratamiento de los períodos transitorios es un auténtico galimatías¹¹.

Esta reforma concreta ejemplificaría un fenómeno más global. Y es que la técnica elegida no ha sido la de regular la transitoriedad en única disposición, sino disgregarla a modo de racimo a lo largo del ya abigarrado y complejo régimen de disposiciones transitorias de la LGSS (ap. 2.2.1). Otro fenómeno apreciable es el de las reformas que garantizan una aplicación progresiva en el tiempo de las nuevas normas –lo que es prudente- pero lo que ya no es tan razonable, es su carácter aleatorio y asistemático. Se establecen cadencias dispares, al menos en apariencia, de entrada en vigor y aplicaciones progresivas diferenciadas según la materia, esto es con arcos temporales heterogéneos (ap. 2.2.2). Empero, la existencia de largos períodos transitorios contrasta con otras reformas en las que no se ha previsto ninguno, cuando acaso hubiera sido aconsejable (ap. 2.2.3) o donde se ha suspendido la entrada en vigor de la reforma y se ha vuelto a reformar sobre lo ya reformado, en una nueva vuelta de tuerca (ap. 2.2.4). Otra cuestión interesante en relación con el régimen de transitoriedad y entrada en vigor

¹¹ En la misma, como destacara irónicamente algún autor: “*tras ocho páginas de Exposición de motivos, nueve artículos, cincuenta y dos disposiciones adicionales y doce disposiciones finales y una disposición derogatoria, (...) tan sólo se contempla una única disposición transitoria (...) y curiosamente, además para contemplar una cuestión menor y anecdótica: la reducción de cotizaciones durante el ejercicio 2012 a 2014 de las personas que entonces presten servicios en el hogar familiar*” (Barrios, 2011).

de las reformas, ha sido la exclusión de algunos colectivos, que han podido mantener las viejas reglas –menos estrictas- para acceder algunas prestaciones (ap. 2.2.5).

2.2.1.- La dispersión de las reglas de temporalidad

Las reformas han ubicado la transitoriedad en la propia LGSS con una nueva disposición transitoria específica, o bien, modificando una de las ya existentes en el texto de la norma. Ciertamente son muy numerosos los ejemplos que podrían traerse a colación, para evidenciar esta realidad de dispersión de la transitoriedad. Entre ellos, puede citarse la disgregación de la norma transitoria sobre la base reguladora de la pensión de jubilación (dando nueva redacción a la DT 5ª LGSS), las reglas para la aplicación progresiva de la edad de jubilación (DT 20ª LGSS), para los porcentajes que corresponden a los años cotizados (DT 21ª LGSS) o la jubilación parcial (DT 22ª LGSS), y ello sólo con la prestación de jubilación.

2.2.2.- Los diferentes arcos de temporalidad

La regulación incrementa su complejidad por cuanto las disposiciones transitorias diseminadas por toda la LGSS, tienen además diferentes arcos temporales según la materia que se trate, por ejemplo, en la DT 21ª LGSS, se prevén diferentes marcos temporales: 2013-2019, 2020-2022, 2023-2026; en la DT 20ª LGSS, hasta el 2027; y en la DT 5ª, 2022 o 2016-2021. Nuevamente, la Ley 27/2011, es un ejemplo paradigmático puesto que se proyecta hacia el futuro mediante la aplicación de diferentes y largos períodos transitorios, al programar su aplicación desde el 1 de enero del 2013 al año 2022 o 2027, según las materias. Este diseño que puede considerarse razonable, o hasta clásico en reformas en materia de jubilación, presenta la obvia desventaja de introducir una gran complejidad porque las reglas en materias esenciales como la edad, la base reguladora o el porcentaje aplicable, van cambiando.

2.2.3.- La falta de transitoriedad de algunas reformas

Por otra parte, con el espíritu crítico predicable de la doctrina científica, también se ha reprochado al legislador cuando no se han previsto aplicaciones transitorias en las modificaciones, por ejemplo en relación con las jubilaciones anticipadas¹² o las

¹² Con la Ley 27 /2011, se endureció el requisito de cotización de 30 a 33 años de forma inmediata en la jubilación anticipada por cese en el trabajo no imputable al trabajador, esto es, sin aplicar ningún período

relativas a la jubilación de discapacitados con un grado igual o superior al 45%, donde la edad mínima es de 56 años contenida en el DA 18ª de la Ley 27/2011, se aplicó con efectos desde el 1 de enero de 2012. También, la modificación en el subsidio para mayores de 55 años, donde los cambios operados por el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. *Boletín Oficial del Estado núm. 168*, 14 de julio de 2012, entraron en vigor de forma casi inmediata, lo que generaría reclamaciones por los afectados por la elevación de los 52 a los 55 años¹³.

Acaso de las reglas donde la falta de transitoriedad ha dado lugar a más litigiosidad se relaciona con la exigencia de pensión compensatoria como requisito para determinadas pensiones de viudedad. Entre las diferentes modificaciones introducidas en la pensión de viudedad por la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 291*, 5 de diciembre de 2007, una de las que plantearon problemas fue la exigencia introducida en el art. 174.2 LGSS de que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. Con ello, la pensión de viudedad vendría a recuperar su carácter de renta sustitutiva de la pérdida de ingresos del beneficiario supérstite, pero ello pilló fuera de juego a muchísimos beneficiarios, puesto que no se previó ninguna transitoria, y esta exigencia pasó a requerirse respecto de separaciones y o divorcios producidos antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, esto es, el 1 de enero de 2008. Ante la gran conflictividad jurídica relativa a las separaciones y/o divorcios producidos con anterioridad a dicha fecha, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2010. *Boletín Oficial del Estado núm. 309*, 24 de diciembre de 2009, modificó aquella previsión con la DF 3ª.10 y la DF 3ª.14, e introduciendo una DT 18ª en la LGSS. Estas previsiones han planteado una elevada conflictividad jurídica. Y sobre este panorama, la Ley 27/2011, añadió un nuevo apartado segundo a la DT 18ª LGSS para incluir a más posibles beneficiarios de la pensión de viudedad de ex parejas no acreedoras de pensión compensatoria en supuestos de separación y divorcio producidos con anterioridad al 1-1-2008¹⁴. Pese a estas modificaciones, la litigiosidad no se ha cerrado, por cuanto aún existen separados y/o divorciados con anterioridad a 2008, que se sienten perjudicados por la reforma y es

transitorio, lo que llamaría la atención de la doctrina por resultar extraño en las reformas operadas en dicha ley (Moreno, 2014: 718).

¹³ El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio elevó la edad para tener acceso al subsidio de 52 a 55 años, entrando en vigor el 15 de julio de 2012. Diversos pronunciamientos de suplicación han denegado las solicitudes a trabajadores que cumplían los 52 años antes de la reforma, pero que solicitaron el subsidio con posterioridad a la elevación de la edad de acceso al mismo (STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014, rec. 836/2014 y STSJ de Galicia de 16 de junio de 2015, rec. 1041/2014).

¹⁴ Concretamente, se incluye a “las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años”.

que sencillamente, el requisito de la Ley 40/2007 debió extenderse únicamente a hechos causantes y separaciones y/o divorcios producidos a partir del 1-1-2008.

Otras críticas se han centrado en el arbitrio de la entrada en vigor. Un ejemplo es el relativo a la DA 36ª de la Ley 27/2011, que modificaría por penúltima vez las cláusulas convencionales de jubilación forzosa con efectos desde el 2 de agosto de 2011, habilitando al gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación. Previsión que habría de quedar modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, 7 de julio de 2012, que eliminaría la posibilidad de cláusulas convencionales de jubilación forzosa.

2.2.4.- Las idas y venidas en la producción normativa: la suspensión de la entrada en vigor de algunas reformas

Además, en muchos casos esta proyección escalonada en el tiempo no ha sido garantía de seguridad jurídica, al modificarse nuevamente en función de nuevos condicionantes. Una muestra paradigmática ha sido la entrada en vigor de la ley 27/2011, retrasada al año 2013, que incitaría una precipitación de jubilaciones anteriores desde mediados de 2011. Esta situación provocó que el gobierno suspendiera durante tres meses la entrada en vigor de los preceptos sobre las jubilaciones anticipadas y parciales previstas en la ley 27/2011. Se mantuvo en cambio, la aplicación en la fecha prevista de las regulaciones referidas a la jubilación ordinaria. La suspensión se realizó mediante la DA 1ª del Real Decreto de Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314, 31 de diciembre de 2012. Pese a esta rúbrica, el gobierno aprovechó la norma para suspender determinados preceptos de la Ley 27/2011 en concreto los referidos a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial, cuya vigencia estaba prevista el 1 de enero de 2013, y que no llegaron a entrar en vigor, al ser modificados antes por el RDL 5/2013, de 15 de marzo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 65, 16 de marzo de 2013. Esta norma titulada de forma eufemística de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, sería un ejemplo del cúmulo de reformas sobrevenidas, que habrían reducido o endurecido los requisitos en pensiones sobre pensiones ya reducidas o con requisitos más estrictos.

Otras veces el legislador ha suprimido una regulación anunciada, como la modalidad subsidiaria no contributiva de la protección por cese de actividad en el RETA. La misma fue suprimida antes de su eficacia, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas para la reforma del mercado de trabajo.

2.2.5.- La aplicación de las viejas reglas de juego para algunos colectivos: la polémica DF. 12ª de la Ley 27/2011

Entre las reglas transitorias de las reformas del quinquenio 2011-2016, hay una particularmente importante. Se trata de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que establece una posibilidad de aplicar la regulación anterior, con la consiguiente opción entre la nueva norma y la anterior a favor de determinados trabajadores. La mencionada DF establece un complejo sistema de entrada en vigor, distinguiendo entre la ley, determinados apartados de ésta y las disposiciones adicionales y finales, y fijando cuatro fechas distintas. Esta complejidad se incrementaría porque se ha dado nueva redacción a esta DF 12ª en varias ocasiones. Y también ha sido desarrollada reglamentariamente su aplicación.

Con carácter general, la disposición reguló la entrada en vigor de la ley a partir del 1 de enero de 2013¹⁵, y estableció la previsión de que las reglas contenidas en la Ley 27/2011 serían de aplicación a las pensiones que se causen con posterioridad a dicha fecha. Empero, se admitió la aplicación de las viejas reglas de juego a las pensiones de jubilación que se causasen con posterioridad a dicha fecha para determinados colectivos que quedarían fuera de la reforma. Además, la excepción afecta a las pensiones que se causen dentro de un amplio período temporal. Ello sólo se explica en parte, como ha denunciado la doctrina, porque el legislador cedería ante determinadas presiones de grupos de interés y permitía un descuelgue de la reforma, recogiendo colectivos que quedarían sometidos a la legislación anterior¹⁶. Esta regulación sería criticada por los expertos como “una trampa en el solitario”, al facilitar el efecto huida y abrir la puerta a que colectivos concretos quedaran fuera de la reforma general operada por la Ley 27/2011, aplicándose las reglas anteriores más favorables¹⁷. Por esta razón, será tachada de inconstitucional por algunos autores por incorporar tratamientos de jubilación a la carta, carentes de justificación objetiva y razonable y vulnerar el principio de equidad. Los estudiosos del Derecho transitorio de la Seguridad Social habrían considerado la bondad de estas cláusulas que posibilitan la opción del beneficiario, cuando producido un proceso de reforma, se introduce una nueva regulación más favorable para los trabajadores¹⁸, empero la misma regla es cuestionable en supuestos de normas regresivas, cuando esta opción se circunscribe sólo a determinados colectivos.

El RDL 5/2013 reordenaría la mencionada DF 12.2ª de la Ley 27/2011, pero en el sentido de ofrecer más tiempo para el descuelgue colectivo, estableciendo como fecha límite de la aplicación de la normativa anterior las pensiones que se causen hasta el 1 de enero del 2019. Hasta esa fecha se posibilitará

¹⁵ Esta regla se excepciona en cuatro supuestos regulados en el ap. 1 de la mencionada disposición, que fija cuatro fechas diferentes de entrada en vigor de diferentes disposiciones de la ley.

¹⁶ Moreno, 2014: 710.

¹⁷ Tortuero Plaza, 2014: 651.

¹⁸ Por empleo, Quintero, 2006: 214.

seguir aplicando la regulación de la pensión de jubilación (modalidades, requisitos de acceso, y condiciones y reglas de determinación) previstas en la legislación anterior a 1-1-2013, para los siguientes colectivos:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril del 2013 siempre, siempre que con posterioridad no vuelvan a quedar incluidas en uno de los regímenes del sistema de Seguridad Social¹⁹. Este requisito no plantea demasiados problemas de interpretación ya que implica que el trabajador no haya desempeñado trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, susceptibles de inclusión en cualquier Régimen, con posterioridad al cese de su relación laboral²⁰.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de ocupación, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad al 1 de abril del 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca antes del 1 de enero de 2019. Este apartado regula una situación transitoria que permite el acceso a la jubilación anticipada en las condiciones anteriores a personas expulsadas del mercado de trabajo. En este caso, no se exige el requisito del apartado a), esto es, que con posterioridad no vuelvan a quedar incluidas en uno de los regímenes del sistema de Seguridad Social.

c) Los acuerdos de jubilación parcial con anterioridad al 1 de abril del 2013, así como las personas incorporadas a planes de jubilación parcial antes de dicha fecha, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, con independencia que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o con posterioridad al 1 de abril de 2013. No es intrascendente señalar que la referencia a “convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa” abre la interpretación a todo tipo de instrumentos convencionales²¹.

¹⁹ En una redacción anterior, se establecía que la excepción afectaba a las personas cuya relación laboral se hubiera extinguido antes de la publicación de la Ley 27/2011, esto es, el 2 de agosto de 2011.

²⁰ Ciertamente, alguna sentencia ha interpretado que esta previsión no resultaría aplicable cuando un trabajador que desarrollaba un trabajo a tiempo completo y que se extinguió, mantuvo un trabajo marginal como profesor asociado de universidad. Se considera, en esencia, que no cabía la aplicación de este apartado para posibilitar el acceso a la jubilación anticipada en las condiciones establecidas con anterioridad a la Ley 27/2011, si no había cesado en su relación laboral, y por tanto, seguía incluido en un régimen de Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sección 1ª, de 23 de diciembre de 2014, rec. 657/2014. *ROJ: STSJ CANT 1238/2014*).

²¹ En este punto, cabe recordar que la jurisprudencia tuvo que resolver la interpretación de la Ley 40/2007 cuando se elevó el requisito de edad de 60 a 61 años para la jubilación parcial respecto a trabajadores que se jubilaran hasta el 31 de diciembre de 2012 en virtud de “convenios y acuerdos colectivos de empresa”, donde se discutía si dicho requisito se ceñía a los convenios de empresa o también incluía a los convenios de ámbito sectorial. En este sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 25 de febrero de 2013, rec. 560/2012. *ROJ: STS 1332/2014*, que interpretó el alcance de la expresión “Convenio y acuerdos colectivos de empresa” contenida en la Disposición Transitoria 2.ª del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. *Boletín Oficial del Estado núm. 126*, 24 de mayo de 2010, y denegó la jubilación parcial

Además, el RDL 5/2013 entró en vigor el día 18 de marzo de 2013 y la DF 12.2 daba de tiempo hasta el 1 de abril de 2013 (ver aps. b y c) DF. 12.2) para realizar los acuerdos que permitieran el descuelgue. En este sentido, el RDL 5/2013 modificaría el art. 4 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 314*, 31 de diciembre de 2012, ampliando el plazo para que los trabajadores, sus representantes o las empresas aportaran documentos del que traería su causa el descuelgue hasta el 15 de abril de 2013²².

a un trabajador que tenía sesenta años y dos meses porque el convenio colectivo en que se contemplaba la jubilación parcial era de carácter sectorial, y no un convenio o acuerdo de empresa.

²² La mencionada DF 12.2ª excluía a una serie de colectivos de la reforma operada por la Ley 27/2011, pero la dificultad de identificación de los colectivos descritos, en particular los de los apartados b) y c) provocó que el art. 4 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 314*, 31 de diciembre de 2012, impusiera a los trabajadores afectados, sus representantes o a las empresas, la obligación de comunicar y poner a disposición del INSS hasta el 15-4-2013, copia de los instrumentos como ERE o convenios colectivos o acuerdos de empresa, decisiones adoptadas en procedimientos concursales o planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos aprobados con anterioridad al 1-4-2013, que contemplen la extinción o suspensión de la relación laboral o el acceso a la jubilación parcial con independencia de que la extinción de la relación laboral o el pase a la jubilación parcial se haya producido con posterioridad al 1-4-2013. Es decir, como quiera que en los supuestos b y c, la aplicación de la legislación anterior trae su origen de decisiones adoptadas en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa, que no se publican en un boletín oficial, será condición indispensable que estos acuerdos colectivos estén debidamente registrados en el INSS o la correspondiente Entidad Gestora, determinándose además que en “un mes desde que finalice el plazo de comunicación de los convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa al hecho al que se refiere este apartado”, las respectivas Direcciones Provinciales del INSS remitirían a la Dirección General del mismo una relación nominativa de las empresas en las cuales se hayan suscrito estos convenios o acuerdos, así como la información relativa a los expedientes de regulación de ocupación y a las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales. Si bien, cuando “los sujetos obligados hubieran omitido efectuar las comunicaciones y presentar la documentación relativa a los convenios colectivos, expedientes de regulación de ocupación o de las decisiones adoptadas en procedimientos concursales”, en tal caso, si la Administración de la Seguridad Social tuviera conocimiento por otra vía de la concurrencia de los requisitos previstos en la DF 12ª Ley 27/2011, entonces procederá a aplicar al solicitante de la pensión de jubilación, la legislación anterior a esta ley. El incumplimiento de las obligaciones informativas por parte de los sujetos obligados, no impedirá la aplicación por la entidad gestora de la regulación precedente, si tuviera conocimiento por otras vías.

Por el contrario, en los casos de acuerdos colectivos de empresa, será en todo caso, preceptiva la citada comunicación en plazo (art. 4.1 y 3 RD 1716/2012, 28 de diciembre, de desarrollo de la Ley 27/2011, modificados por el RD Ley 5/2013). Y ello, por cuanto estos acuerdos no se publican en el boletín oficial. A diferencia, de lo que ocurre con los convenios, donde la comunicación cumpliría únicamente la finalidad de facilitar la tramitación de las solicitudes.

3.- La forma de las leyes: desfiguración normativa mediante leyes ómnibus y la utilización desmedida de la legislación de urgencia en las reformas de la Seguridad Social

Una de las manifestaciones del fenómeno de desfiguración del sistema normativo se ha situado en las denominadas leyes ómnibus que agrupan materias totalmente diferentes. Estas leyes sacan han visto alterada la fisonomía tradicional de la ley²³, convirtiéndose en macroleyes en las que se incorporan disposiciones que, por razones técnicas o políticas, no han encontrado acomodo en programaciones normativas anteriores. El fenómeno es habitual, de manera que rastrear las reformas de Seguridad Social de los últimos años resulta una tarea hercúlea, dado que cualquier legislación, puede tener un contenido potencialmente abierto con una amalgama de materias (por ejemplo, la ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314, 29 de diciembre de 2014, ha modificado la ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. *Boletín Oficial del Estado* núm. 190, 6 de agosto de 2010).

Otra manifestación de la degradación de la ley es el manejo prevalente de la legislación de urgencia amparada en razones económicas de reducción del déficit y el gasto público, aunque las razones presupuestarias son intrínsecas a toda reforma en materia de Seguridad Social. Pero en esta materia, el legislador ha utilizado además decretos leyes flexibilizando hasta el límite los presupuestos del decreto ley, de extraordinaria y urgente necesidad. Así, por ejemplo, el RDL 11/2013, modificó la DA 7ª LGSS, lo que venía amparado claramente por la declaración de inconstitucionalidad por el TC de dicha norma, pero se aprovechó la norma para realizar modificaciones en materia de desempleo. La aprobación de reformas de Seguridad Social mediante esta forma legislativa se ha convertido, en algo más que en una vía excepcional.

Como se deduce claramente de la redacción del art. 86.1 CE, el Decreto-ley se concibe como un mecanismo legislativo de carácter claramente excepcional. Justamente, en este último sentido, la "habitualidad" en el uso del Decreto-ley para aprobar reformas Seguridad Social, plantea la cuestión de si está justificada su utilización tanto por las materias que son objeto de Decreto-ley, como por el requisito de la urgencia y extraordinaria necesidad en su aprobación. A este respecto, las exposiciones de motivos suelen ofrecer básicamente dos tipos de motivaciones. De un lado, suele hacerse referencia a una situación de "dificultad" en el mercado de trabajo o en el sistema de protección social. Situaciones que, sin embargo, en general suelen tener un carácter marcadamente estructural. De otro lado, se alude a que esta forma de

²³ Desde diferentes perspectivas se han advertido los cambios en el concepto clásico de ley surgido con la Revolución francesa. No es inoportuno recordar que de la ley se predicaban una serie de caracteres: generalidad, universalidad, objetividad, unidad formal, abstracción, entendida, en el sentido definido por ZAGREBELSKY, como "generalidad en el tiempo", esto es «"como prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante "supuestos de hecho abstractos"» (1995: 29).

ley permite su inmediata ejecutividad. Argumento éste claramente redundante. Así, se hace hincapié en que el Decreto-ley, por su mayor rapidez, evitaría distorsiones en el sistema de protección social en el tránsito de una regulación a otra posterior. Sin embargo, la doctrina científica ya habría criticado que los elementos de extrema y urgente necesidad no son “intrínsecamente propios de esta materia” (Quintero, 2006: 51).

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que pese a la vaguedad de los argumentos que, como se ha indicado, se incluyen en las Exposiciones de Motivos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante tolerante, lo que puede ayudar a comprender mejor como se ha permitido la aceptación y convalidación de este uso abusivo del recurso al Decreto-Ley. En efecto, la posición del Tribunal Constitucional en esta materia se caracteriza por su laxitud, al interpretar que la posibilidad de dictar Decretos-leyes no se circunscribe a situaciones de absoluta excepcionalidad, “*sino para objetivos normales de gobernabilidad que no puedan ser satisfechos sin la utilización de ese instrumento, a causa de la urgencia de la situación que se trata de regular*” (López, 1993: 30). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado el requisito del carácter extraordinario, como la dificultad de prever situaciones concretas, y el requisito de urgencia como la exigencia de una regulación más inmediata “*en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes*” (STC 6/1983, de 4 de febrero, BOE de 9 de marzo FJ. 5º, y en el famoso caso Rumasa, STC 111/1983, de 2 de diciembre, BOE de 14 de diciembre, FJ. 6º)²⁴. En cuanto a los requisitos de orden material, se ha entendido que no toda regulación que afecte a las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, y al resto de materias referidas en el art. 86.3 CE, está excluida para el Decreto-ley²⁵, sino sólo la que afecta a “*los elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estables básicas, pero no, en cambio, a cualesquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas*” (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ. 4º).

Así que, atendiendo a la línea marcada por la jurisprudencia constitucional, el problema es que, en la práctica, se han relativizado estos requisitos materiales que habilitan el juego del Decreto-ley. Fenómeno que se ha visto fuertemente favorecido por una interpretación constitucional reacia a entrar a valorar las medidas y las razones aducidas por el Gobierno²⁶. Aunque esta autolimitación pudiera ser hasta cierto punto razonable, a la postre, ha conducido a una utilización abusiva por parte del Ejecutivo.

²⁴ Y, con anterioridad, STC 29/1982, de 31 de mayo, un comentario de este pronunciamiento puede verse en Sempere, 1982: 239 y ss.

²⁵ Así, se ha entendido que si no se reduciría el papel del RD-L 2 “*a la nada*” pues “*es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I*”, lo que cabe interpretar de esta exclusión es que no se admite que “*por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos y libertades del Título I ... (o) se vaya en contra del contenido o de elementos esenciales de alguno de tales derechos*” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ. 8º).

²⁶ Como señalara la STC 182/1997, de 28 de octubre, BOE de 28 de noviembre, “*el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario*” (FJ. 4º).

En definitiva, se ha hecho un uso contrario de la directriz inicial marcada por el Tribunal Constitucional de que el requisito de extraordinaria y urgente necesidad, no constituya una expresión “*vacía de significado*”.

Valorando esta cuestión desde una perspectiva de futuro, parece difícil una reconducción si el Tribunal Constitucional no desanda lo andado, pues de mantenerse una interpretación tan laxa, la cuestión del abuso de esta forma de regulación, acabará dependiendo, únicamente de la autocontención del propio Gobierno que, aceptando la lógica del diseño constitucional, opte por hacer un uso moderado de esta posibilidad. Sin embargo, ello parece poco probable. En este sentido, aunque se ha insistido en que el Decreto-ley no puede dictarse por razones de “*oportunidad política*”, sino por causas de “*necesidad*”²⁷, lo cierto es que aprovechando la flexible y laxa doctrina establecida por el Tribunal Constitucional²⁸, el Gobierno parece haberse acostumbrado a la posibilidad de recurrir a esta legislación excepcional frente al sistema de normación general. De esta suerte, paradójicamente, la vía legislativa pasa a convertirse en la práctica en el “*poder normativo de excepción*”.

No debe desconocerse la importancia de esta cuestión, que afecta al mismo pilar del Estado de Derecho con la división de poderes. Concretamente, constituye una manifestación más del protagonismo del Ejecutivo, entre otros fenómenos también habituales en el ordenamiento de Seguridad Social. En todo caso, los Decretos ley plantean problemas específicos desde el punto de vista del Derecho Transitorio de Seguridad Social, pues suele ser frecuente que como normas provisionales, se convaliden, y en su convalidación, se suele modificar nuevamente su contenido, en un sentido que va más allá del puramente depurativo.

III.- REFORMAS EN MATERIA DE PRESTACIONES

Dado el objeto del seminario, centraré la atención en las reformas en materia de prestaciones. Y entre ellas, las de incapacidad, viudedad y orfandad, desempleo y jubilación, dejando de lado otras prestaciones que también han sido objeto de atención legislativa como las de asistencia sanitaria. Si focalizamos la atención en estas prestaciones, las reformas en el período se han centrado esencialmente en materia de jubilación y desempleo, así como en determinados aspectos de la gestión de las Mutuas que afectaría esencialmente a las de incapacidad temporal y la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Empero, en materia de incapacidad

²⁷ López, 1993: 40.

²⁸ SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ. 5º, 60/1986, de 20 de mayo, FJ. 3º, 29/1986, de 20 de febrero, BOE de 21 de marzo, FJ. 2º, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ. 3º.

permanente y muerte y supervivencia, las novedades se agrupan más en los pronunciamientos judiciales.

Con carácter previo al análisis de las reformas, no parece intrascendente hacer una breve alusión a algunos interesantes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de delimitación de contingencias.

1.- Últimos pronunciamientos sobre determinación de contingencias

Dejando de lado algunas sentencias, como las relativas al accidente en misión, donde el Tribunal Supremo viene confirmando su posición en la materia (por ejemplo, en relación con infartos acaecidos en un hotel donde se pernoctaba²⁹), interesa destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 27 de enero de 2014, rcud. 3179/2012. *ROJ: STS 451/2014*, que abre un debate sobre la flexibilización del concepto de tiempo de trabajo, y su supeditación al requisito del lugar de trabajo, que parece adquirir preponderancia. Se abordaba en los autos, el fallecimiento de un trabajador contratado eventualmente durante dos meses para realizar tareas de limpieza en una granja de cerdos. Su muerte acaeció en la pausa de la comida (entre la una y media y las cuatro de la tarde), y se daba la circunstancia, de que el trabajador, que provenía del sector de la construcción y había estado bastante tiempo en paro, había pedido permiso para quedarse en la granja, para evitar el gasto de ir y volver a su casa, situada a 30 km. de distancia, trayéndose de su casa un colchón hinchable y un microondas. El trabajador quedó atrapado entre unas vagonetas, realizando un trabajo fuera de su horario y sus funciones, y falleció siendo descubierto por un compañero de trabajo que fue a trabajar por la tarde.

Tanto el Juzgado de lo Social³⁰ como el TSJ³¹ desestimaron la demanda y consideraron no aplicable la presunción contenida en el art. 115.3 LGSS, de presumir como accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo sobre la base de dos argumentos: por discurrir que el accidente no se produjo en tiempo de trabajo, sino en el período de descanso y, en segundo lugar, por considerar que la actividad para la que fue contratado no se había iniciado. Como contraste, se adujo una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección 1, de 20 de enero de 2010, rollo 2389/2009. *ROJ: STS AND 7587/2010*, en un caso donde un albañil sobre las 7,45 horas de la mañana y antes de comenzar a trabajar, se acercó a una hoguera para calentarse y otro trabajador vertió un líquido en la hoguera y le provocó quemaduras, considerándose el accidente

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 20 de abril de 2015, rcud. 1487/2014. *ROJ: STS 2121/2015*, que declara que no es accidente de trabajo el fallecimiento de un operador de RENFE por infarto de miocardio producido en el hotel que pernoctaba pagado por la empresa para al día siguiente hacer la ruta de regreso. El TS reitera la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 8 de octubre de 2009, rcud. 1871/2008. *ROJ: STS 6807/2009*, y de 11 de febrero de 2014, rcud. 1487/2014. *ROJ: STS 2121/2015*.

³⁰ SJS de Ávila de 25-4-2102, rollo 471/2012.

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, Sección 1, de Castilla y León, Burgos, de 19 de julio de 2012, rollo 471/2012. *ROJ: STSJ CL 3580/2012*.

acaecido con ocasión del trabajo. También se adujo la contradicción con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 9 de mayo de 2006, rcud. 2932/2004. *ROJ: STS 3097/2006*, en relación con un trabajador que falleció cuando se le derrumbó un muro en la obra en que estaba trabajando en horario de la comida³². El pronunciamiento del Tribunal Supremo consolida el criterio flexible sobre lo que pueda considerarse tiempo de trabajo en los casos en los que el accidente sobreviene en el lugar de trabajo³³. Lo que ocurre es que el TS en esta sentencia apuntala la solución sobre la base de circunstancias muy pegadas al caso concreto³⁴, por lo que no estaría a priori, clara la proyección general de la doctrina.

Sin embargo, otras sentencias recientes del TS también confirman la solución de presumir la existencia del accidente de trabajo que se produce durante el descanso para comer. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 10 de diciembre de 2014, rcud. 3138/2013. *ROJ: STS 5612/2014*, que considera como tal el acaecido a un trabajador de una entidad bancaria que comienza a encontrarse mal en el trabajo, pero continúa trabajando, y en la pausa de la comida sufre una hemorragia cerebral, cuando ya no se encontraba ni en horario ni en lugar de trabajo. En este caso, el Alto Tribunal considera que el infarto cerebral se inició el trabajo, *“aunque el mismo se exteriorizó con toda su virulencia cuando se encontraba comiendo con sus compañeros, no mucho tiempo después de abandonar el centro de trabajo”* y que no excluía la presunción el que el trabajador padeciera una malformación congénita. Al respecto se señala: *“La presunción no se excluye porque se haya*

³² Señalaría el TS: “Conforme a ese criterio informador cabe afirmar que el accidente al que nos venimos refiriendo sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público. Es regla general de experiencia y canon comúnmente aceptado de conducta que en situaciones como la aquí contemplada, los trabajadores realicen su comida de medio día en el centro de trabajo y en la pausa que el mismo permita, sin que con ello quede absolutamente desvinculada la lesión del trabajo realizado. Por lo demás, sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en estas circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas absolutamente desconectadas del funcionamiento de la empresa. En resumen: ha de entenderse que el accidente del que tratamos sobrevino en condiciones tales que permiten aplicar la presunción recogida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, para calificarlo de contingencia profesional, con las consecuencias que de ello se derivan”.

³³ Línea que se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1983, que consideró lugar y tiempo de trabajo la situación en la que se encontraba un marinero que falleció mientras dormía en el camarote del buque en el que prestaba servicios. Otro ejemplo reciente en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 4 de febrero de 2015, rcud. 197/2014. *ROJ: STS 1753/2015*, que reputa como accidente de trabajo el fallecimiento de un marinero en el buque en el que vivía por edema pulmonar derivado de cirrosis hepática. En esta línea que da preponderancia al lugar de trabajo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de julio de 2010, rcud. 4049/2009. *ROJ: STS 4792/2010*, que considera como accidente de trabajo por una isquemia miocárdica sobrevenida durante el descanso nocturno en la cabina del camión.

³⁴ Se argumenta sobre circunstancias tales como que el accidente se produjo porque el accidentado había finalizado ya su tiempo de descanso, y comida antes que los otros compañeros que descansaban fuera del centro de trabajo y que estaba iniciando su jornada laboral, como lo acreditaba su vestimenta y otros datos.

acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”.

Otro pronunciamiento que abre una reflexión interesante en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 26 de diciembre de 2013, rcud. 2315/2012. ROJ: STS 6487/2013. En la misma se declara accidente “in itinere” el ocurrido al trabajador al regresar desde su domicilio de fin de semana en León, a su residencia habitual, ubicada en Soria, un domingo por la noche. El TSJ había revocado el fallo de instancia, y en suplicación, había considerado roto el elemento teleológico por considerar que la finalidad del viaje no estaba determinada por el trabajo, sino por ser una estancia con la familia, produciéndose a gran distancia del centro de trabajo y en un trayecto que no era normal para incorporarse al mismo. Sin embargo, frente a la antedicha interpretación, el Tribunal Supremo interpreta que la finalidad del viaje estaba determinada por la necesidad de reincorporarse al trabajo al día siguiente³⁵. Lo interesante es que la interpretación en este caso del Tribunal Supremo flexibiliza los dos requisitos clásicos del accidente “in itinere”, a saber: el del domicilio del trabajador (en este caso era una segunda residencia) y el lugar de trabajo (ya que el desplazamiento era en principio para volver a la residencia principal y al día siguiente incorporarse a trabajar, por lo que la referencia laboral es cuanto menos, indirecta). Quizá lo llamativo es que la flexibilización de estos requisitos no alcanza otros supuestos, citados en la misma sentencia como el del domicilio de la novia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 20 de septiembre 2005, rcud. 4031/2004. ROJ: STS 5389/2005), el de los padres (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 19 de enero 2005, rcud. 6543/2003. ROJ: STS 150/2005) y el de la abuela (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 17 de diciembre de 1997, rcud. 923/1997. ROJ: STS 7743/1997); o en relación con el lugar de trabajo, no apreciándose la conexión para ir desde el centro del trabajo a la Agencia tributaria para

³⁵ Se señala en el fundamento de derecho quinto: “se aprecia el elemento teleológico, porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador en los términos ya precisados. Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas de lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada. Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral”.

una gestión personal (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 29 de marzo de 2007, rcud. 210/2006. *ROJ: STS 2724/2007*), o ir desde el centro de trabajo a un centro médico o a la inversa (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 15 de abril 2013, rcud. 1847/2012. *ROJ: STS 2136/2013*, y 10 de diciembre de 2009, rcud. 3816/2008. *ROJ: STS 8238/2009*). La conclusión es un casuismo exacerbado, que por otra parte, la propia sentencia comentada da por descontado al señalar que “según las circunstancias del caso” habrá que reconocer que a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede incluirse tanto el domicilio del trabajador como la residencia habitual a efectos de trabajo.

2.- El ilícito penal en materia de fraude en la obtención o disfrute de prestaciones

Normalmente las conductas incompatibles con el cobro de prestaciones se sancionaban en la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 189*, 8 de agosto de 2000) como la comisión de una falta grave o muy grave comportaban la extinción del derecho a las prestaciones o subsidios (por ejemplo en desempleo), con obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que también pueden incurrir en un tipo específico previsto en el art. 307 ter del Código Penal introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 312*, 28 de diciembre de 2012, que aunque no se ciñe a las protección por desempleo, tiene singular incidencia en ésta. La introducción de este delito persigue dos finalidades: una de prevención general sobre la conducta de disfrute indebido de prestaciones, y otra reaccionar contra una interpretación jurisprudencial que sólo tipificaba como delito fraudes de cuantía elevada³⁶. El apartado 1 del art. 307 ter CP establece: “Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión”. No obstante, de manera subjetiva los jueces podrán apreciar que “los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad”, en cuyo caso, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

El legislador guiado con un objetivo recaudatorio, ha previsto una excusa absoluta para quien reintegre antes del inicio de las actuaciones “una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual

³⁶ Tatay, 2014: 74, explica que el legislador reacciona contra la interpretación jurisprudencial que había considerado la prestación y el subsidio de desempleo como una “ayuda o subvención”, sólo punible si la cuantía superaba los 120.000 euros.

equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió” (art. 307 ter.3 CP). Asimismo, este ánimo recaudatorio se prevé la existencia de un procedimiento penal “no impedirá que la Administración competente exija el reintegro... de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal”. Si bien, se prevé la posibilidad de que el juez acuerde la suspensión de la ejecución previa.

IV.- LA JUBILACIÓN

En el marco del último quinquenio, la regulación de la jubilación, que es el núcleo central de cualquier sistema de protección social, ha sufrido una alteración de múltiples piezas de su regulación. Algunas de estas modificaciones han sido comunes en otros sistemas de Derecho Comparado (como Francia, Alemania o Reino Unido), que iniciarían reformas paramétricas como la modificación de las edades de jubilación respecto a las fijadas en la primera mitad del siglo XX, con una elevación ponderada y con criterios igualitarios por razón de sexo. Y también con medidas de promoción desde la UE del llamado retóricamente envejecimiento activo o la introducción de los llamados factores de equidad intergeneracional, que tratan de afrontar los efectos del envejecimiento de la población en los Estados miembros en próximas décadas, bien fijándolos en relación con la esperanza de vida, bien en relación con la revalorización de las pensiones.

Otra idea introductoria, que interesa no perder de vista, es que existe cierto acuerdo doctrinal en el sentido de que la pensión de jubilación no fue objeto de una modificación global en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sino sólo objeto de modificaciones puntuales. El replanteamiento global de la pensión se ha producido sobre todo con la Ley 27/2011. Esta modificación se ha producido en una época de déficit como la que atravesaba el sistema de Seguridad Social, con un marcado carácter de recorte o de ajuste. Así se han producido reformas en esta línea de prolongación de la edad legal de jubilación, endurecimiento de los requisitos, en particular, para las jubilaciones anticipadas y parciales, establecimiento de un factor de sostenibilidad y la introducción de un nuevo índice de revalorización de las pensiones de Seguridad Social, que incidirían en una línea clara de ahorro del gasto social.

1.- La situación protegida y los requisitos de acceso a la protección

En materia de jubilación ordinaria, se continúa exigiendo un período mínimo de cotización de 15 años (carencia genérica) de los cuales, al menos dos, han de estar comprendidos dentro de los 15 años anteriores al momento de causar la pensión, o en su caso, al momento en que cesó la obligación de cotización (carencia específica). A

partir de la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social, a los efectos de reunir el período mínimo de cotización exigido, se dejaron de tener en cuenta los días cuotas por la parte proporcional de las pagas extraordinarias cotizadas, que habían venido siendo computados por interpretación jurisprudencial hasta ese momento³⁷.

No obstante la anterior precisión, la reforma de los requisitos de acceso de la pensión de jubilación, arranca de la Ley 27/2011, que, no se olvide, fue una reforma consensuada y precedida de la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones y la renovación del Pacto de Toledo. Para simplificar, la estructura de los cambios en punto a la situación protegida en la pensión de jubilación podría agruparse en dos ejes: incremento de la edad de jubilación (a), endurecimiento de los elementos para el cálculo de la prestación (b).

1.1.- El incremento de la edad de jubilación pensionable

La Ley 27/2011, habría alterado la edad tradicional de jubilación ordinaria fijándola, mediante una aplicación gradual que iría desde el año 2013 hasta finalizar en el 2027, en los 67 años³⁸. Empero, como una manifestación del principio vertebrador de las últimas reformas, de reforzar la contributividad, junto a esta jubilación a los 67 años, acreditando un período mínimo de cotización 15 años, se prevé una jubilación por tiempo de cotización, para beneficiarios con un carrera larga de cotización, que exige tener 38 años y 6 meses cotizados, según el art. 161.1.a) LGSS.

En el cómputo de las cotizaciones a efectos de la edad de jubilación, sólo podrán computarse los días y meses efectivamente cotizados o asimilados a cotización³⁹, excluyéndose los días cuota, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional de cotización correspondiente a las pagas extraordinarias, ni se asimilen a un mes o año completo las fracciones de mes o de año⁴⁰. Ambas exigencias ciertamente dificultarán el reunir el período mínimo de cotización para el acceso a la jubilación a los 65 años. No se computarán, por no ser días realmente cotizados, los años y días de bonificación que se imputan a los trabajadores que hubieran pertenecido al mutualismo laboral antes del

³⁷ Para dicho endurecimiento se previó inicialmente una aplicación gradual, de manera que sólo a partir del 1-1-2014, se exigirían los 15 años cotizados (equivalentes) a 5.475 días, pero esta transitoriedad, fue eliminada por la disposición derogatoria única del RD-L 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. *Boletín Oficial del Estado* núm. 126, 24 de mayo de 2010, que dejó sin contenido la disposición transitoria cuarta de la LGSS.

³⁸ En el art. 4.1 se amplió la edad ordinaria de jubilación a los 67 años de edad o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional de pagas extras. Se introdujo un período transitorio en la DT 20ª del LGSS, tomándose los años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes, las fracciones de los mismos.

³⁹ Como es el caso de la cotización imputada a los períodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares (art. 180 LGSS), en la DA 60ª y 44ª (asimilados por parto) de la LGSS.

⁴⁰ Por consiguiente, desde el 1-1-2013, no resulta de aplicación la regla de conversión de un año completo para las fracciones de año prevista en el art. 9.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 22, 26 de enero de 1967. El RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, establece la forma de computar los períodos de cotización.

1 de enero de 1967, en función de la edad que tuviesen cumplida en esa fecha, ni tampoco se computa doblemente lo cotizado simultáneamente en dos regímenes en casos de pluriactividad.

Según la DT 20ª LGSS, la edad de jubilación oscilará según el número de años y meses cotizados para la jubilación entre el 2013 y el 2027.

Año	Período cotizado	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más Menos de 35 años y 3 meses	65 años 65 años y un mes
2014	35 años y 6 meses o más Menos de 35 años y 6 meses	65 años 65 años y 2 meses
2015	35 años y 9 meses o más Menos de 35 años y 9 meses	65 años 65 años y 3 meses
2016	36 o más años Menos de 36 años	65 años 65 años y 4 meses
2017	36 años y 3 meses o más Menos de 36 años y 3 meses	65 años 65 años y 5 meses
2018	36 años y 6 meses o más Menos de 36 años y 6 meses	65 años 65 años y 6 meses
2019	36 años y 9 meses o más Menos de 36 años y 9 meses	65 años 65 años y 8 meses
2020	37 años o más Menos de 37 años	65 años 65 años y 10 meses
2021	37 años y 3 meses o más Menos de 37 años y 3 meses	65 años 66 años
2022	37 años y 6 meses o más Menos de 37 años y 6 meses	65 años 66 años y 2 meses
2023	37 años y 9 meses o más Menos de 37 años y 9 meses	65 años 66 años y 4 meses
2024	38 años o más Menos de 38	65 años 66 años y 6 meses
2025	38 años y 3 meses o más Menos de 38 años y 3 meses	65 años 66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más	65 años

	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 10 meses
2027	38 años y 6 meses o más Menos de 38 años y 6 meses	65 años 67 años

El incremento paulatino de la edad de jubilación se aplicará también con la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2013 a la edad de jubilación parcial y de jubilación anticipada. La técnica utilizada consiste en fijar un valor diferencial con la edad general que permite una evolución paralela de las edades para estas modalidades de jubilación. De este modo se señala “tener una edad inferior en X años a la edad que en cada caso resulte de aplicación”. También ha de tenerse en cuenta que la ampliación de la edad de jubilación afecta a todos los regímenes integrados en el sistema de Seguridad Social⁴¹.

La reforma en materia de incremento de la edad de jubilación suscita diversas consideraciones críticas. La más obvia, es que la edad legal contrasta con la edad real de expulsión del mercado de trabajo, dadas las diferentes fórmulas de jubilaciones anticipadas, combinadas con otros instrumentos de anticipación de la edad como la protección por desempleo, las prejubilaciones o la utilización desviada de incapacidades temporales o permanentes que comporta una divergencia entre la edad real de jubilación y la edad legal de acceso a la pensión. En segundo lugar, la jubilación a los 65 años no es obviamente una modalidad de jubilación anticipada, y el tiempo mínimo de cotización plantea una difícil exigencia hacia el futuro, ya que si bien en la actualidad, sí es porcentualmente frecuente la jubilación con largas carreras de seguro, en particular entre los hombres, esta exigencia deviene más difícil en el futuro, por la inestabilidad del mercado de trabajo y la tardía incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo⁴².

1.2.- El endurecimiento de los requisitos para el cálculo de la prestación

La Ley 27/2011 ha provocado un endurecimiento de las exigencias contributivas y una paralela reducción de la cuantía de la pensión. Los cambios afectarían de forma directa a la fijación de la cuantía inicial y de su tasa de sustitución con respecto al salario en activo, que ha sido inusualmente alta en el sistema español⁴³. Por otra parte, no es intrascendente tener en cuenta que en España, el gasto en pensiones en proporción al

⁴¹ DA 8ª, ap. 1 LGSS.

⁴² Cavas apunta en este sentido que actualmente aproximadamente el 50% de las personas que se retiran lo hacen con 38 años y medio de cotización, pero que este porcentaje desciende entre las mujeres, donde sólo el 24,51% se ha jubilado con 35 años cotizados.

⁴³ Es bien sabido que en los sistemas donde la tasa de sustitución es menor, la tendencia es retrasar la jubilación de los trabajadores, para mantener más tiempo las rentas en activo, mucho más altas que las de un pasivo. Se ha estimado que la tasa de sustitución en España disminuye del 84,9% cuando la base reguladora está en los últimos 15 años, al 79% cuando ésta es de 25 años. Datos de Vicente, Calderón y Martínez, 2012.

PIB es menor, y la cuantía de las pensiones no es en comparación con otros países de nuestro entorno, muy elevada.

En esencia, el endurecimiento se plasmaría en los siguientes aspectos, se cambiaría la forma de cálculo de la base reguladora (a); se exigiría un incremento del tiempo de cotización para alcanzar el 100 por 100 de la pensión (b); así como la escala para determinar los años cotizados para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión (c).

1.2.1.- El cómputo de la base reguladora.

La regulación de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación es, sin duda, uno de los aspectos más relevantes de la reforma de la prestación. Como es sabido, se ha producido una ampliación del número de años computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ampliándose de 15 a 25 años. Con la ampliación del período de cómputo, la reforma se orienta hacia el objetivo de lograr una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado, en línea con el punto 9 del Pacto de Toledo y el Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social. La cuestión no parece cerrada, y abre la puerta hacia una posible reforma ulterior, que considere las bases de cotización de toda la vida laboral activa.

La ampliación del período de cómputo genera un debate recurrente. Entre la posición favorable a la ampliación, se ha considerado que la misma refuerza la equiparación entre contribuciones y prestaciones, de acuerdo con el principio de equivalencia en que debe fundarse el sistema contributivo, favoreciendo a los trabajadores con cualificaciones inferiores, que suelen contar con retribuciones más reducidas en los últimos años de su carrera asegurativa. La posición desfavorable apunta a que ello supone una pérdida neta de derechos, al conceder pensiones no exclusivamente basadas en las retribuciones de los mejores años de cotización. Al respecto, se habrían apuntado propuestas de *lege ferenda* de tener en cuenta la vida laboral real, esto es el tiempo de trabajo real, estableciendo éste como elemento divisor, y no un número de años independientes de la carrera real de seguro⁴⁴.

Con independencia del debate, el legislador ha ponderado los años de cotización en la base reguladora, optando por una fórmula que garantiza la desaceleración del gasto, con una finalidad clara de ahorro del sistema público de pensiones. En efecto, la reforma tiene como efecto, una disminución de la pensión media de jubilación y un consiguiente ahorro para el sistema de pensiones. Pero no es un hecho aislado, puesto que en buena

⁴⁴ En este sentido, ya desde hace tiempo se viene apuntando que “surge entonces la necesidad de integrar lagunas y si la integración se realiza con cargo a las bases mínimas, se penaliza a los que en el período de cómputo han tenido retribuciones inferiores o han estado en desempleo, introduciendo así un elemento de redistribución negativo ... la valoración de los años de cotización se realiza ya a través del porcentaje aplicable a la base reguladora, que no está pensado para actuar como un indicador del tiempo cotizado, sino como un factor de relación salarios, cotizaciones y prestaciones”. Desdentado, 1998: 188.

parte de los sistemas comparados, se ha ampliado el período de cálculo de las pensiones.

Descendiendo al terreno técnico, se produjo la modificación del art. 162.1 LGSS por el art. 4.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, cambiando la forma de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación para ampliar el número de meses de 180 a 300 (25 años), inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. En cuanto a su ámbito de aplicación, ha de precisarse que esta modificación es de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (por aplicación de la DA 8ª.1 LGSS). También ha de tenerse en cuenta que la regulación no es aplicable a los interesados que puedan acogerse a la legislación anterior en virtud de la DF 12ª.2 de la Ley 27/2011⁴⁵.

La modificación se está realizando de manera paulatina desde el 1-1-2013, que es la fecha general de entrada en vigor de la Ley 27/2011, al 2022 (vid. DT 5ª LGSS)⁴⁶. Esta transitoriedad había sido propuesta en el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de pensiones suscrito el 2 de febrero de 2011, respondiendo a la obvia finalidad de no perjudicar a quienes estaban próximos a la jubilación⁴⁷.

Por consiguiente, a pesar de que se mantiene la exigencia de un período mínimo de cotización de 15 años para acceder a la pensión, se amplía a 25 los años que han de integrar la base reguladora, lo que puede comportar una diferencia de hasta diez años entre el período de cotización necesario para acceder a la pensión de jubilación y el período a computar en la base reguladora. El paso de 15 a 25 años en el cálculo de las cotizaciones computables, comportaba que los trabajadores con carreras de cotización entre 15 y 25 años, viesan integrados los períodos sin obligación de cotizar⁴⁸ por bases mínimas, pero previéndose la integración por el 100 por 100 de las bases

⁴⁵ En este caso, la integración de lagunas se seguirá conforme a la legislación anterior, de manera que cuando dentro del período computable para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación existan meses sin obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de cotización, de trabajadores mayores de 18 años, correspondiente a los grupos siete o diez de cotización del año que corresponda a la mensualidad que se integra, y no a la base mínima que corresponda al grupo de cotización del trabajador.

⁴⁶ Se ha previsto la elevación del período de cómputo de las bases de cotización que han de integrar la base reguladora, de forma paulatina, a razón de doce meses por año. En el 2013 se tienen en cuenta las bases de cotización de 192 meses (16 años), durante el 2014, 204 meses (17 años), durante 2015, 216 meses (18 años) y así sucesivamente hasta llegar en el 2022 a computar 300 meses.

⁴⁷ El paso de 180 bases dividido entre 210 a 300; dividido entre 350, se aplica de forma paulatina a lo largo de un período de 10 años (del 2013 al 2022), que se inicia a razón de 12 meses de incremento por cada año transcurrido.

⁴⁸ Han de diferenciarse los períodos sin obligación de cotizar con los períodos donde se incumple la obligación de cotizar. En ellos el cálculo de la base reguladora se obtendrá por la utilización de otros procedimientos, como la estimación de la cuantía de la base reguladora, sin exclusión de la posible responsabilidad empresarial. No existe obligación de cotizar cuando el interesado no esté en alta o situación asimilada, así como en supuestos de prórroga de la incapacidad temporal, paro involuntario no subsidiado y excedencia forzosa. En los supuestos en que no existe obligación de cotizar no se aplica la doctrina del paréntesis, que supone retrotraer el período sin cotización al momento previo a esta situación, sino la de integración de lagunas.

mínimas sólo hasta 24 mensualidades como máximo, en las cuales no haya habido obligación de cotizar, y el resto con el 50 por 100 del importe de las bases mínimas. Sin embargo, este aspecto de endurecimiento respecto al sistema anterior, de integración de lagunas en la base reguladora, no llegaría a entrar en vigor y sería nuevamente modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio⁴⁹, que ampliaría de 24 a 48, el número de mensualidades en que no haya habido obligación de cotizar, y además que éstas, se integrarían por el 100 por 100, y que el resto con el 50 por 100. Obviamente dicha modificación menguaría el impacto de la reducción de la pensión en los pensionistas con carreras inferiores a los 25 años. Empero, se mantendría el efecto de una reducción esencial de la pensión. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que si bien para los trabajadores por cuenta ajena que tengan por ejemplo 15 años cotizados, que sería la carencia mínima, los 10 años adicionales hasta los 25, aparecerán como lagunas de cotización que se integrarán conforme a lo dicho; en cambio, no existe dicha integración para los trabajadores por cuenta propia.

1.2.2.- Los años de cotización para la pensión plena

Se ha producido un incremento de 35 a 37 años completos de cotización para acceder a una pensión plena. Estos cambios tendrán una repercusión importante en el futuro por la dificultad creciente para acreditar carreras de cotización prolongadas, derivadas de la tardía incorporación al mercado de trabajo y el elevado paro.

En síntesis, para los primeros quince años cotizados se mantiene el 50% al igual que en la regulación anterior. A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, el 0'19 por 100 y los que rebasen el mes 248, el 0'18 por 100, sin que el porcentaje de la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en los casos en que se acceda a la pensión con una edad superior a la que resulte de aplicación. Estos porcentajes se aplicarán hasta el 2017, y hasta esa fecha se establece un período transitorio y gradual.

Durante los años 2013 a 2019	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100
Durante los años 2020 a 2022	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100

⁴⁹ Vid. DF 20.2 de la mencionada norma.

Durante los años 2023 a 2026	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100 y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100
A partir del año 2027	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100»

1.2.3.- El porcentaje

El artículo 4.5 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificó asimismo los porcentajes a aplicar a la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión, acomodándolos al nuevo período máximo de cotización para alcanzar el 100 por 100, que como ya se ha indicado, pasa de 35 años a 37 años. Asimismo, se procedería a computar un porcentaje adicional, no por cada año cotizado, sino por meses. Estos cambios comportarán obviamente mayores exigencias para que el trabajador pueda obtener el 100 por 100 de la base reguladora de su pensión, y un paralelo ahorro para el sistema.

Para la aplicación se establece un período transitorio y gradual de 15 años en la DT 21ª de la LGSS, en función de los años cotizados para la pensión de jubilación.

1.2.4.- Las excepciones a la aplicación de las nuevas reglas de cálculo de la cuantía de la pensión

Las nuevas reglas de cálculo de la pensión de jubilación no se aplicarán a todas las pensiones, sino que existen dos excepciones. En primer lugar, la DF 12ª de la Ley 27/2011, a cuyo análisis anterior cabe remitirse. En segundo lugar, la DT 5ª de la LGSS, en sus aparatos dos y tres, establece la posibilidad de que los trabajadores que cumplan determinados requisitos⁵⁰, pueden optar durante un período transitorio por un sistema alternativo de cálculo de la base reguladora que les resulte más favorable y les permite ampliar el período. La medida obviamente trata de paliar las consecuencias negativas

⁵⁰ Se han de tratar de trabajadores mayores de 55 años que hayan experimentado una reducción de sus bases de cotización por cese involuntario en el empleo o en su actividad por cuenta propia, durante al menos 24 meses respecto a las acreditadas con anterioridad. La excepción a la aplicación progresiva de la base reguladora prevista en el ap. 1 de la DT 5ª LGSS permite obtener una cuantía más elevada de su pensión. El art. 2 del RD 1716/2012 concreta las condiciones necesarias para la aplicación del régimen alternativo. Ha de tenerse en cuenta que las reglas son de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando haya transcurrido un año desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad y siempre que dicho cese se produzca a partir de los 55 años de edad.

que la nueva forma de cálculo de la base reguladora, pueda tener en los trabajadores de más edad expulsados del mercado de trabajo.

2.- Los cambios en la jubilación anticipada

Con la salvedad de los casos donde resulte de aplicación la legislación vigente conforme a la DF 12ª.2 de la Ley 27/2011⁵¹, se distinguen dos modalidades de acceso a la jubilación: la jubilación por cese en el trabajo forzoso o no imputable al trabajador (a) y la jubilación anticipada voluntaria (b). Sin perjuicio del desarrollo más concreto de los requisitos, podría señalarse que con las sucesivas reformas se eleva el período cotizado para la voluntaria y se amplía el tramo de cómputo de los coeficientes reductores por trimestre de anticipación, lo que obviamente es mucho más perjudicial para los colectivos solicitantes, ya que algún estudio ha señalado que los coeficientes reductores compensan en exceso el anticipo en la edad de jubilación, y que cada jubilación anticipada supone un ahorro al sistema del 12%⁵². La jubilación anticipada además de exigentes requisitos que la hacen mucho más difícil, se viabiliza únicamente para trabajadores con largas carreras de cotización, por lo que la finalidad que prima no es la de facilitar su acceso, sino esencialmente la de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

El análisis lo centraré en las modalidades de jubilación anticipada general, prescindiendo de las jubilaciones anticipadas en atención a la condición en que se desarrolla el trabajo (minería del carbón, trabajadores del mar, estatuto del minero, ferroviarios, trabajos aéreos, bomberos y policía autónoma vasca), pues respecto a éstas, la principal incidencia de la Ley 27/2011 sería la elevación de la edad ordinaria de jubilación y el mayor período de cotización que se ha de reunir. De este modo, cuando se establece una reducción de la edad con una diferencia máxima respecto a la edad mínima legal, se provocará una elevación de la edad de jubilación de forma indirecta de los colectivos afectados. Si bien uno de los temas, que cabría debatir es si cuando la regulación se refiere literalmente a la edad de 65 años, ello ha de interpretarse en relación con la actual reforma de la edad de jubilación ordinaria o prescindiendo de este dato (por ejemplo vid. D. 2824/1974, de 9 de agosto, en relación con los trabajadores ferroviarios o el RD 383/2008 para los bomberos o la DF 3.13 de la Ley 26/2009 para los integrantes de la ertzaintza).

En cuanto a la jubilación anticipada por las circunstancias personales del sujeto (edad como impedimento para artistas y profesionales taurinos o la discapacidad del

⁵¹ Conforme a la nueva redacción que se da a la misma, por el RD-L 5/2013, se aplica transitoriamente la regulación anterior a los trabajadores que hayan extinguido su relación laboral antes del 1-4-2013 o que la extingan antes del 1-1-2019, pero como consecuencia de convenios o acuerdos colectivos o expedientes de despido colectivos aprobados o suscritos antes del 1-4-2013.

⁵² Gabinete de Estudio Confederal de CC.OO., Informe sobre el sistema de pensiones, 2001, p. 108, citado por Godino, 2014: 44.

trabajador), la Ley 27/2011 afectó a esta última, donde se introducen básicamente dos novedades:

1.- La primera es que los afectados por una discapacidad igual o superior al 65%, el trabajador tendrá que acreditar un período cotizado mayor (vid. art. 161.1.a) LGSS).

2.- La segunda es que los afectados por una discapacidad del 45% para las discapacidades, que se determinen reglamentariamente y en las cuales se evidencie de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de estas personas, se modifica la edad pasando a 58 años, y la pensión resultante, dado que el período bonificado, pasa a los 9 años⁵³.

Antes de pasar al análisis de las jubilaciones anticipadas generales, no está de más reseñar que la Ley 27/2011 suprimió la jubilación anticipada a los 64 años como medida de fomento de empleo, si bien no debe olvidarse la posibilidad de aplicación en virtud de la DF 12ª de la mencionada Ley para determinados colectivos.

2.1.- Jubilación anticipada por cese en el trabajo no imputable al trabajador.

Principiando el análisis por la jubilación anticipada por cese en el trabajo no imputable al trabajador. Este tipo jubilariorio vino a sustituir a la jubilación anticipada de los no mutualistas⁵⁴.

⁵³ Siempre que acrediten que han trabajado un tiempo efectivo equivalente al período mínimo de cotización de 15 años, que se exige para acceder a la pensión de jubilación, vid. el art. 3 del RD 1851/2009, modificado por la DA 18ª de la Ley 27/2011.

⁵⁴ Es bien sabido que esta figura se encuentra regulada en el art. 161.bis LGSS. La regulación continuará siendo aplicable a los colectivos que de acuerdo con la DF. 12ª.2 quedan fuera de la reforma de la Ley 27/2011. A ellos les resulta de aplicación la redacción previa a la reforma operada por dicha Ley del art. 161 bis. 2 de la LGSS. Dicho precepto establecía que para acceder a la jubilación anticipada el trabajador debía reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener cumplidos 61 años de edad reales, sin que fueran de aplicación las bonificaciones de edad de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres o las personas con discapacidad igual o superior al 45% o al 65%.
- b) Acreditación de un período mínimo de cotización efectiva de 30 años completos, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias ni el abono de años y días de cotizaciones anteriores a 1 de enero de 1967. Únicamente se computa a estos efectos como cotizado, con un máximo de un año, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria.
- c) Que del período de ocupación cotizado, al menos dos años estén comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de causar derecho, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.
- d) Encontrarse inscrito en las oficinas del servicio público de empleo, como demandante de empleo, durante al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.
- e) Que el cese en el último trabajo realizado, en virtud del cual se solicite la jubilación, se produzca como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. En todo caso, se presumirá que existe

Los requisitos para causar esta modalidad de pensión son los siguientes (art. 161.bis LGSS reformado por el RDL 5/2013):

- a) Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo a la edad que en cada caso resulte de aplicación según las reglas generales de jubilación ordinaria (art. 161.1.a) y DT 20ª LGSS), sin que sean de aplicación a estos efectos, los coeficientes previstos en el apartado 1 del art. 161.bis de la LGSS para facilitar el acceso a la pensión de jubilación a determinados grupos de trabajadores por razón de su actividad.
- b) Encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación. Este requisito se relacionaría con la exigencia de acreditar la imposibilidad o seria dificultad de insertarse en el mercado laboral. No obstante, en suplicación, se ha flexibilizado para facilitar el acceso a la jubilación anticipada, en el sentido de que no excluiría este requisito el haber estado empleado durante unos días, en los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1, de 8 julio de 2014, rec. 1294/2014. *ROJ: STSJ PV 2485/2014* y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1, de 16 de octubre de 2014, rec. 256/2014, *ROJ: STSJ AND 9542/2014*⁵⁵).
- c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.
- d) En cuanto al requisito de acceso en el trabajo. Se han producido cambios desde la versión vigente respecto a la contenida en el RDL 5/2013 y la Ley 27/2011.

involuntariedad en el cese en el trabajo cuando la extinción de la relación laboral se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1 LGSS.

Los requisitos exigidos en relación con la inscripción como demandante de empleo y el cese involuntario, no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

En estos casos, la cuantía de la pensión de jubilación anticipada para trabajadores por cuenta ajena será objeto de reducción mediante la aplicación por cada año o fracción de año que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir los 65 años según los coeficientes reductores siguientes: a) Entre 30 y 34 años completos cotizados; 7'5 por 100. B) Entre 35 y 37; 7 por 100. C) Entre 38 y 39: 6,5 por 100. D) Con 40 o más años completos cotizados: 6 por 100.

⁵⁵ El Tribunal toma en cuenta básicamente tres argumentos: 1º) que los días de alta laboral eran muy escasos en relación con el período en que el actor había permanecido como demandante de empleo; 2º) que una interpretación diferente sería disuasoria de la búsqueda de empleo y; 3º) que acarrearía consecuencias desproporcionadas, como obligar al trabajador a esperar otros seis meses.

Dichos cambios serían esencialmente dos. El primero es que se sustituye la expresión de “por crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral” por “como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral”. El segundo, y más relevante cambio, está relacionado con la inclusión de las causas técnicas, organizativas y de producción junto con las causas económicas en el despido colectivo y objetivo. Para evitar extinciones fingidas y el consiguiente acceso simulado a jubilaciones involuntarias anticipadas, en el caso de despido colectivo u objetivo para poder acceder a la jubilación anticipada derivada de cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador, será necesario que éste acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. La transferencia bancaria se acreditará mediante documento de transferencia bancaria recibida o documento acreditativo equivalente.

Se incluyen también otras causas extintivas como la extinción del contrato por resolución judicial del art. 64 LC, por muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física o la extinción de la personalidad jurídica del contratante, o extinción del contrato por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral. La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género también da acceso a esta modalidad de jubilación anticipada. Pero se ha criticado por la doctrina, la falta de inclusión de otras causas, como el despido disciplinario o la extinción del contrato por el art. 50 ET.

La pensión se ve reducida según unos coeficientes reductores, que tienen en cuenta dos parámetros: el período cotizado y los trimestres que se anticipa.

2.2.- Jubilación anticipada de carácter voluntario.

Esta jubilación se creó por primera vez por la Ley 27/2011, teniendo como precedente la jubilación de trabajadores mutualistas antes del 1 de enero de 1967. Los requisitos están establecidos en la letra b, del apartado 2 del art. 161 bis de la LGSS, y son:

- a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo a la edad que en cada caso resulte de aplicación, según las reglas generales de la jubilación ordinaria, sin que tampoco se apliquen los coeficientes reductores previstos en el apartado 1 del art. 161.
- b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años⁵⁶, sin que a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias. A estos efectos, también sólo se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación de servicio militar obligatorio o de la prestación social

⁵⁶ Nótese que en la Ley 27/2011, se fijaban en 33 los años cotizados.

sustitutoria, con el límite máximo de un año. El incremento en los años cotizados operado por el RDL 5/2013, no ha tenido período de aplicación transitoria y se explica por la búsqueda por el legislador, de una regulación con efecto inmediato.

- c) El tercer requisito es novedoso y pretende evitar comportamientos de buscar conseguir una pensión con complementos con mínimos por la vía de esta jubilación voluntaria. En este sentido se prevé que el importe de la pensión “a percibir” ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. La doctrina ha criticado la exclusión de los complementos a mínimos de quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria por la desigualdad con el resto de pensionistas.

En cuanto al importe de la pensión, se aplican unos coeficientes que oscilan entre el 1,625 y el 2 por 100, por trimestre, según el período de cotización. La edad que se toma como referencia para calcular los trimestres anticipados es la que hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido en la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que, en cada caso, resulte de aplicación en función de lo establecido en el art. 161.1.a) y DT 20ª LGSS.

Hay una regla común para las jubilaciones anticipadas voluntaria e involuntaria. La regla persigue evitar que quienes se jubilen anticipadamente percibieran una pensión de jubilación en los mismos términos que los que se jubilaban a la edad reglamentaria. La regla fue introducida por la Ley 27/2011 y nuevamente modificada por el RDL 5/2013, en términos más restrictivos. La regla implica que una vez realizados los cálculos de la pensión de la jubilación anticipada, ésta “no podrá ser superior” a la cuantía de reducir el tope de pensión en un 0’50 por 100 por cada trimestre que se anticipa.

3.- La jubilación parcial

La jubilación gradual ha sido una de las parcelas de la jubilación más afectadas por la actividad legislativa. Además, la misma es muy compleja por su carácter poliédrico, esto es, por la afectación de diversos sujetos (trabajador jubilado, relevista y empresa) e instituciones jurídicas contractuales y de Seguridad Social⁵⁷. No es intrascendente poner de manifiesto que la concepción finalista del legislador respecto a la misma ha ido variando, de concebirse inicialmente como una medida de fomento y/o

⁵⁷ Ferrando, 2014: 235.

reparto de empleo⁵⁸, a pasar en las sucesivas reformas a tratar de garantizar primordialmente el mantenimiento del empleo del trabajador maduro y la sostenibilidad del sistema de pensiones. Asimismo, la existencia de un régimen muy atractivo para trabajadores y empresas, y muy costoso para la Seguridad Social⁵⁹, ha dado lugar a abusos, frente a los que el legislador ha reaccionado mediante reformas continuas (Ley 40/2007, Ley 27/2011 y, en su última entrega, el RDL 5/2013) que han dado sucesivas vueltas de tuerca, concediendo cada vez más relevancia a la carrera de cotización del trabajador. La técnica legislativa ha sido además, claramente mejorable, por cuanto por ejemplo, ésta última procede a modificar la Ley 27/2011, “en lugar de a la modificación directa de los preceptos de la LGSS que constituían su objetivo”⁶⁰. La reforma de la reforma ha generado una continua inseguridad jurídica para los sujetos implicados.

3.1.- Acotaciones sobre el derecho transitorio en materia de jubilación parcial

Conviene referenciar, aunque sin incidir de nuevo, en algunas cuestiones ya vistas como la entrada en vigor de las reformas previstas en la Ley 27/2011 para la jubilación parcial, y la suspensión de sus efectos por el RDL 29/2012, de 29 de diciembre, y la reforma por el RDL 5/2013. Tampoco en la posible aplicación de la regulación anterior por mor de la DF 12^a.2.c) de la Ley 27/2011, que mantiene la regulación previa respecto de las distintas modalidades de jubilación, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, entre otros supuestos, para las personas incorporadas antes del 1 de abril de 2013 a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito⁶¹ o acuerdos colectivos de empresa, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido antes o después del 1 de abril del 2013, siempre que se causen antes 1-1-2019. Por consiguiente, respecto a los pactos de jubilación parcial incluidos en convenios o acuerdos colectivos, se aplicará la nueva regulación únicamente a los suscritos después del 1-4-2013.

⁵⁸ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre la modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado núm. 186*, 4 de agosto de 1984.

⁵⁹ La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. *Boletín Oficial del Estado núm. 167*, 13 de julio de 2002, estableció un régimen ventajoso para tratar de superar la escasa aceptación de la medida, derivada de su compleja estructura y la rigidez de alguno de sus requisitos.

⁶⁰ Ferrando, 2014: 238.

⁶¹ Esta expresión cierra el paso a una interpretación restrictiva como la sostenida en relación con anteriores reformas del régimen de la jubilación parcial, que excluían a los convenios o acuerdos sectoriales. Ello ocurrió cuando la Ley 40/2007 elevó el requisito de edad de 60 a 61 años, respecto de los trabajadores que se jubilaran hasta el 31-12-2012 en virtud de planes de jubilación parcial, ya pactados por medio de “convenios y acuerdos colectivos de empresa”.

3.2.- La jubilación parcial anticipada a la edad ordinaria de jubilación

Varios son los cambios legislativos que interesa comentar. En primer lugar, en cuanto al ámbito subjetivo, la novedad más importante es que se aplica también a los socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas, siempre que conforme a la DA 4ª de la LGSS, en sus estatutos hayan optado por el encuadramiento de los mismos en el sistema de Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena (DF 1ª.5 RDL 5/2013). También se prevé su aplicación a los trabajadores autónomos, pero supeditándola al desarrollo reglamentario que aún no se ha producido (DA 8.4 LGSS). La jubilación parcial no es aplicable a los funcionarios (vid. disp. derogatoria del RDL 20/2012, que elimina esta previsión que se contenía en el LEBEP, que cuya aplicación inmediata ya había sido rechazada por la jurisprudencia, ante la falta de desarrollo reglamentario⁶²). Por vía supletoria, tampoco cabría su aplicación al personal estatutario donde también se había justificado su no aplicación por la falta de desarrollo reglamentario, pero en todo caso, en esta materia se declara la competencia del orden contencioso- administrativo⁶³.

En cuanto al personal laboral, se ha unificado doctrina, que admite que la Administración empleadora no tiene obligación de aceptar la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial propuesta por un trabajador, pues no hay norma legal que lo imponga y tampoco está previsto en el convenio colectivo aplicable⁶⁴. Pero incluso, cuando el convenio colectivo sí prevé la jubilación parcial, durante este quinquenio se ha admitido que por motivos de legalidad presupuestaria se dejen sin efecto previsiones convencionales de jubilación parcial contenidas en convenios del sector público⁶⁵.

En cuanto a los requisitos, la jubilación parcial anticipada está sometida a diversas exigencias relacionadas con el período de carencia, la edad mínima, antigüedad en la empresa, porcentaje de reducción de jornada, suscripción de un contrato de relevo y trabajo a tiempo completo en la fecha del hecho causante –requisitos éstos últimos, que

⁶² Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Social, Sección 1, 31 de mayo de 2012, rcud. 104/2011. *ROJ: STS 4460/2012*, y de 11 de marzo de 2013, rcud. 3771/2011. *ROJ: STS 1484/2013*, ésta última también excluye el cómputo recíproco de cotizaciones. De suerte que a efectos de la jubilación parcial en el régimen general de la Seguridad Social, no son computables las cotizaciones efectuadas por el trabajador beneficiario de esa prestación en el régimen de Clases Pasivas del Estado, mientras prestó servicios como funcionario de carrera.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima, de 22 de noviembre de 2013, rec. 4028/2011. *ROJ: STS 5613/2013*.

⁶⁴ Aplicando doctrina unificada, vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 2, de 24 de enero de 2013, rec. 97/2012. *ROJ: STSJ AND 261/2013*.

⁶⁵ Por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección 1, de 8 de abril de 2013, proc. 279/2012. *ROJ: SAN 1407/2013*, analiza la congelación de jubilaciones parciales en AENA a partir de abril de 2012. Considera que dicha congelación legalmente prevista no vulnera la regulación convencional, ya que la norma pactada está subordinada jerárquicamente a la ley, y concretamente a las limitaciones presupuestarias de la negociación colectiva en el ámbito del sector público. Este criterio se confirma por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de octubre de 2014, rec. 31/2014. *ROJ: STS 5227/2014*.

no se exigen en la jubilación parcial diferida. Cada uno de estos requisitos ha generado poca litigiosidad.

Veamos estos requisitos con mayor detalle

a). **Edad mínima de acceso a la jubilación parcial anticipada.** El art. 166.2.a) de la LGSS establece un método cálculo dinámico de la edad mínima de jubilación parcial en atención al período cotizado. De tal manera que, al final del período de aplicación paulatina, la edad mínima exigida para acceder a la pensión de jubilación es de 63 años si se acredita un período de cotización igual o superior a 36 años y 6 meses, o de 65 años en otro caso. La escala no se aplica a los mutualistas, donde se mantiene el requisito tradicional de haber cumplido 60 años, ni a los trabajadores del mar.

b). **El período de cotización** exigido es de 33 años en la fecha del hecho causante, salvo para los trabajadores con discapacidad o trastorno mental, que deberán acreditar una carencia mínima de 25 años, fijando el art. 166.2.d) de la LGSS que se entenderá por tales las personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100.

c). **La antigüedad mínima en la empresa** es de 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial, teniendo en cuenta todo el período si ha existido sucesión de empresa o prestación para empresas pertenecientes al mismo grupo. Respecto a este requisito, el TS ha entendido que el requisito equivale a vinculación en la empresa, y deben computarse períodos previos de vinculación funcional, sin que sea exigible que fueran prestaciones de servicios con carácter laboral (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 25 de marzo de 2013, rcud. 1775/2012. *ROJ: STS 1769/2013*). En segundo lugar, si bien se exige que el beneficiario esté sujeto a una relación de trabajo a tiempo completo y por tanto, no puede accederse a la jubilación parcial desde un contrato a tiempo parcial, en cuanto al requisito de una antigüedad previa en la empresa, no es necesario que todo el periodo de prestación de servicios lo haya sido a tiempo completo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de marzo de 2013, rcud. 1443/2012. *ROJ: STS 2034/2013*). Y, en tercer lugar, conviene recordar que alguna sentencia ha reconocido el derecho a la prestación por jubilación parcial, de trabajador por cuenta ajena asimilado del Régimen General de Seguridad Social, aunque en el periodo de antigüedad de seis años previos haya ejercido funciones de dirección o gerencia, y haya participado del capital social de la empresa⁶⁶.

d). **Reducción de la jornada del jubilado parcial.** A partir del RDL 5/2013, el límite máximo es del 50%, y el 75%, cuando el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, exigiéndose además a la empresa mantener su contrato durante dos años a partir del momento en que el trabajador sustituido alcance la edad ordinaria de jubilación (art. 12.6 ET y art. 166.2 LGSS). En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1, de 27 de marzo de 2012, rec. 625/2012. *ROJ: STSJ PV 734/2012*.

mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos que el extinguido, por el tiempo restante.

En la reforma de la jubilación parcial, la alteración de los márgenes de reducción de jornada (del 75% frente al 85% precedente) ha sido interpretado como un elemento para disminuir el porcentaje de pensión a recibir por el trabajador. Con el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor de edad y promover el envejecimiento activo. *Boletín Oficial del Estado núm. 65*, 16 de marzo de 2013, la jubilación parcial sin contrato de relevo, la reducción máxima de jornada se limita al 50%, frente al 75%. En todo caso, dentro de estos márgenes, cabe tener en cuenta que el TS ha admitido la concentración del período de prestación de servicios del jubilado parcial no sólo dentro de cada año, sino por lo que reste hasta la jubilación ordinaria, siempre que se mantenga al jubilado de alta y cotizando a la Seguridad Social⁶⁷.

e). **Cotización por la base correspondiente a la jornada completa.** Ello hace poco atractiva la jubilación parcial cuando va unida a la celebración de un contrato de relevo, puesto que durante el período de compatibilidad, tanto éste como la empresa, habrán de cotizar, sin perjuicio de la reducción de jornada por la base de cotización que, en su caso, le hubiere correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Esta exigencia, pese a introducirse gradualmente conforme a la escala prevista en la DT 22ª de la LGSS, resulta disuasoria. La intención de la reforma ha sido desplazar a las empresas el coste de la futura pensión de jubilación, ya que hasta el momento se venían computando ficticiamente como cotizados los días trabajados a tiempo parcial⁶⁸. Y es que hasta ahora, la jubilación parcial provocaba un doble coste al sistema, ya que el jubilado parcial estaba cotizando únicamente por la parte de la jornada durante la que se mantenía en activo y el relevista conformaba su propia carrera de cotización.

f). **Suscripción de un contrato de relevo.** Dicho requisito que se relaciona con el objetivo de reparto y fomento del empleo de la jubilación parcial, implica que se ha de concertar un contrato de relevo como mínimo, por el tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación, y para una jornada de duración igual o superior a la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido⁶⁹. Se han producido reformas en relación con la duración mínima del contrato de relevo y las cotizaciones del relevista. Además de la obvia incidencia de la modificación de la edad

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 19 de enero de 2015, rcud. 627/2014. *ROJ: STS 453/2015*. Con ello se deja sin efecto, lo sostenido en la STSJ del País Vasco de 14-1-2014, que había, considerado celebrado de fraude de ley un contrato de relevo por desnaturalización de la causa. En el caso de autos, el trabajador relevado había concentrado en un solo periodo de nueve meses, inmediatamente posterior a la jubilación parcial, toda la jornada pendiente de realizar. De esta suerte, trabajó durante medio año, pero estuvo sin prestar servicios cuatro años y medio antes de la edad de 65 años. La sentencia había reputado este proceder como fraudulento y proyectado dicho fraude en el contrato de relevo. Empero, el TS entenderá que aparte de la inexistencia de prohibición legal, que la eventual conducta del trabajador jubilado parcialmente no contaminaría al contrato del relevista.

⁶⁸ Ferrando, 2014: 251.

⁶⁹ Para los socios cooperativistas, rige una exigencia paralela en la DA 64ª de la LGSS, de concertar con un socio trabajador o un socio de trabajo, la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente.

ordinaria de jubilación (art. 166.1.a y DT 22ª de la LGSS), que repercute en la duración mínima del contrato de relevo, el RDL 5/2013 ha establecido que, cuando la jornada del sustituido se reduzca hasta el 75%, el contrato del relevista (necesariamente a jornada completa y por tiempo indefinido) deberá mantenerse por un período adicional de dos años tras la referida edad ordinaria de jubilación (art. 166.1.f LGSS).

Este período obliga al empresario a mantener el contrato de relevo. De manera que se prevé que “en el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante”. Esta previsión del art. 166.1.f) LGSS implica que el empresario debe sustituirlo en el plazo de 15 días naturales por otro trabajador (DA 2ª.3 del 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. *Boletín Oficial del Estado núm. 284*, 27 de noviembre de 2011). En caso de incumplimiento por parte del empresario, éste “será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial”. Esta responsabilidad según lo previsto reglamentariamente debe ceñirse al abono de la prestación de jubilación parcial desde que se produjo el cese “hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada” (DA 2ª.4 del RD 1131/2002).

Esta previsión ha generado una alta conflictividad, existiendo criterios unificados en relación con cuestiones tales como que el cese del relevista no genera responsabilidad cuando se produce por despido colectivo que afecta también al relevado, produciéndose la extinción de la totalidad de la plantilla y el cierre de la empresa⁷⁰ (o un despido objetivo del art. 52.c) ET o procedimiento concursal o por fuerza mayor que afecte igualmente a la totalidad de la plantilla). En cambio, existe responsabilidad, si estas extinciones no afectan a la totalidad de la plantilla⁷¹.

En relación con las causas que no son estrictamente de cese, sino de suspensión o reducción de jornada, ha existido una jurisprudencia casuística. Así, se ha entendido que no existe obligación de sustitución del relevista por la parte en que reduzca su jornada por guarda legal⁷². En cambio, sí existe responsabilidad empresarial si no se

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de mayo de 2008, rcud. 1900/2007. ROJ: STS 3788/2008; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 23 de junio de 2008, rcud. 2930/2007. ROJ: STS 3740/2008, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de enero de 2013, rcud. 1998/2012. ROJ: STS 308/2013. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de enero de 2013, rcud. 1571/2012. ROJ: STS 827/2013 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 31 de enero de 2013, rcud. 1575/2012. ROJ: 727/2013.

⁷¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de septiembre de 2010, rcud. 4166/2009. ROJ: STS 5371/2010 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de abril de 2013, rcud. 2303/2012. ROJ: STS 2405/2013, en relación con un despido objetivo del relevista y el relevado, donde se declara la existencia de responsabilidad empresarial.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 23 de junio de 2011, rcud. 3884/2010. ROJ: STS 5095/2011, “al permanecer idéntico en su naturaleza -el contrato de relevo- y no traducirse la modificación de una de sus condiciones en el nacimiento de una vacante”. En el mismo sentido, en doctrina de suplicación Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de noviembre de 2011, rec. 2460/2011. ROJ: STSJ PV 4947/2011 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1, de 11 de enero de 2012, rec. 1713/2011.

sustituye al trabajador relevista durante la prórroga de efectos de la incapacidad temporal⁷³, o cuando está en excedencia –sea ésta voluntaria⁷⁴ o por cuidado de hijo⁷⁵. En todos estos supuestos el Tribunal Supremo ha pivotado la responsabilidad empresarial sobre la base de dos argumentos, a saber: que el término cese, debe ser interpretado desde una perspectiva amplia, en el sentido de imponer la obligación de sustituir al trabajador relevista no sólo en supuestos de extinción de la relación laboral; y en segundo lugar, que la regulación de la jubilación parcial descansa en dos objetivos, uno de política de empleo, para que la anticipación de la jubilación no origine una pérdida de un puesto de trabajo, y otro, que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados, de manera que cuando no existe obligación de cotizar por el trabajador relevista (casos de prórroga de incapacidad temporal o de excedencia voluntaria), se rompe este equilibrio.

Tiene gran interés una sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 17 de septiembre de 2013, rcud. 3178/2012. ROJ: STS 5097/2013, en punto a los efectos de las irregularidades en la contratación del relevista y su proyección en la jubilación parcial del trabajador sustituido. La sentencia distingue según el momento en que se produzcan dichas irregularidades, de suerte que si la jubilación parcial se hubiera concedido, las irregularidades en el contrato de relevo no afectarían al jubilado parcialmente. En el caso de autos, como quiera que las irregularidades de la contratación del relevista -ya que estuvo vinculado a la empresa con contratos temporales superando el máximo legal, y por tanto habiéndose convertido en trabajador fijo de plantilla- se produjeron en el momento del reconocimiento inicial, se desestima el derecho a la jubilación parcial.

ROJ: STSJ CV 618/2012. En sentencias posteriores de unificación de doctrina, el TS habría incidido en el tratamiento diferenciado de estos supuestos respecto de otros, como la responsabilidad empresarial por prórroga del trabajador relevista no sustituido por otro, y casos de excedencia voluntaria, sobre la base de considerar no sólo el objetivo de política de empleo, sino no mermar los ingresos de la Seguridad Social, de manera que en los casos de reducción de jornada por motivos familiares, aunque se minorara la cotización, existen valores superiores de conciliación de la vida familiar y laboral, que estarían ausentes en otros supuestos, como la situación de IT prorrogada (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 17 de noviembre de 2014, rcud. 3309/2014).

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 24 de septiembre de 2013, rcud. 2520/2012. ROJ: STS 5058/2013, y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 17 de noviembre de 2014, rcud. 3309/2013. ROJ: STS 4884/2014. En ellas se confirma el criterio de la Entidad Gestora de exigir la obligación de sustituir al relevista, desde el primer día, a partir del cumplimiento del plazo máximo de incapacidad temporal, *“porque en ese momento ha cesado la obligación de cotizar y se puede decir que se ha desvinculado al relevista del sistema de Seguridad Social, en relación con las obligaciones del empresario, de forma que esas coordinaciones propias del acceso a la jubilación parcial -pensión a cargo del sistema y contrato de relevo a cargo del empresario- desaparece y para mantenerla es necesario que el relevista sea sustituido, precisamente por el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal”*.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 8 de julio de 2009, rcud. 3147/2008. ROJ: STS 5464/2009.

⁷⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 4 de octubre de 2010, rcud. 4508/2009. ROJ: STS 7044/2010, y de 28 de noviembre de 2011, rcud. 299/2011. ROJ: STS 8971/2011.

También ha producido doctrina casuística la terminación del contrato de relevo. Entre los pronunciamientos más interesantes, habría que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 11 de junio de 2014, rcud. 2132/2013. *ROJ: STS 3911/2014*, que analiza la declaración de improcedencia del cese de un contrato de relevo. En el caso, la empresa comunicó expresamente por carta, la conversión del contrato de relevo en indefinido, pero posteriormente preavisó a la trabajadora, la extinción del mismo por finalización del plazo fijado. El Tribunal analizando los términos de la comunicación, consideró que la conversión del contrato en indefinido se había producido efectivamente, no siendo una mera declaración de intenciones, por lo que habría que estar a la doctrina de los propios actos. En doctrina de suplicación se ha analizado qué ocurre si muere el trabajador sustituido. Analizando el contrato de relevo y su naturaleza, la STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2013, argumenta que dicho contrato es un contrato a término, fijándose la fecha de finalización en la jubilación total del trabajador sustituido parcialmente, aunque con anterioridad hubiera acaecido la muerte del trabajador sustituido.

En cuanto al efecto de la terminación *ante tempus* del contrato de trabajo del jubilado parcialmente por despido⁷⁶, o por cualquier otra causa que dé lugar a la situación legal de desempleo, el jubilado parcial podrá mantener la jubilación parcial y compatibilizarla con la prestación por desempleo⁷⁷, en cuyo caso, la extinción de la jubilación parcial se produce en la fecha de extinción de la prestación de desempleo (art. 16.d) RD 1131/2002), de manera que se ha venido entendiendo que un trabajo posterior no resucita la jubilación parcial.

Sin embargo, en relación con la extinción del contrato del jubilado parcial existen interesantes pronunciamientos. Entre los más destacados, cabe destacar la STS de 5-11-2012, que reconoce el derecho al percibo de la pensión de jubilación parcial a un trabajador mayor de 65 años, estimando que no se pierde cuanto el trabajador cesó en la empresa en la que inició el cobro de la pensión de jubilación parcial y pasó a desarrollar un contrato de trabajo a tiempo parcial en empresa diferente, siendo el porcentaje de jornada en la segunda empresa igual que en la primera.

En relación con la prestación de desempleo de un jubilado parcialmente que es ulteriormente despedido, tiene notable interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), Sala de lo Social, Sección 1, de 13 de noviembre de 2013, rec. 1167/2013. *ROJ: STS AND 11658/2013*. En dicha sentencia se considera que para el cálculo de prestación ha de estarse a la ocupación cotizada, que exigiría trabajo efectivo, por lo que no se tendría en cuenta el tiempo en que el jubilado parcialmente no prestó ninguna actividad laboral, aunque se mantuviera la cotización y el alta en Seguridad Social. Y, alguna sentencia aborda el supuesto donde el jubilado parcial ve extinguido su contrato de trabajo y se discute la cuantía de la pensión de jubilación que le corresponde, y en concreto, la aplicación del incremento del cien por

⁷⁶ En el caso de despido improcedente, la jubilación parcial no se extingue y la empresa sigue siendo responsable de mantener al trabajador relevista hasta que se acceda a la jubilación total.

⁷⁷ Esta prestación de desempleo se calcula como pérdida de trabajo a tiempo parcial, por lo que las bases no pueden ser computadas al 100 por 100 como si no hubiera habido reducción.

cien de la bases de cotización. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1, de 1 de marzo de 2013, rec. 745/2012. *ROJ: STSJ CAT 2383/2013*, toma en cuenta que la extinción se produjo por causas ajenas a la voluntad del trabajador, por lo que rechaza la argumentación de la Entidad de Gestora de no aplicar dicho incremento por no estar el trabajador en el momento de solicitar la jubilación anticipada en situación de jubilación parcial, sino habiendo extinguido su contrato. En relación con el salario regulador del despido de un jubilado parcialmente, la STSJ de Asturias de 18-11-2012, determina que aunque de inicio hubiera tenido una jornada a tiempo completo, al encontrarse con jornada a tiempo parcial cuando se produce el despido, el salario a tener en cuenta para calcular la indemnización ha de ser el salario bruto realmente percibido en el momento del cese.

g). **La correlación de bases de cotización.** Otra exigencia es la de la correspondencia de cotizaciones entre las del jubilado parcial anticipado y el contrato de relevo. En períodos anteriores se venía exigiendo que el puesto de trabajo del relevista fuera el mismo o similar al del jubilado parcial sustituido, entendiéndose por tal el desempeño del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Dicho requisito planteó una enorme litigiosidad tanto por la complejidad de la clasificación profesional prevista, como por la dificultad de valorar los puestos de trabajo y la postura restrictiva del INSS, que no admitía el desarrollo de funciones de una categoría o nivel retributivo inferior, aunque estuvieran incluidas dentro del mismo grupo. Para evitar esta litigiosidad se reformó el requisito exigiendo subsidiariamente, una correspondencia entre las bases de cotización del relevista y del jubilado parcialmente. En la Ley 27/2011, se consolidó esta línea, imponiendo no ya subsidiariamente, sino con carácter general, que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses computados a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, y reformando para ello el art. 12.7.d) ET y el art. 166.2.e) LGSSS. Esta exigencia simplifica la correspondencia, al expresarla en términos cuantitativos, y ya no exigir que el puesto de trabajo del relevista sea el mismo o similar que el del relevado. La desventaja es que “relega al olvido uno de los méritos que se atribuían a esta fórmula de jubilación, el de permitir la transmisión de experiencia y conocimiento profesional entre jubilado parcial y relevista, pues dicha comunicación exige que éste último le sustituya en las mismas o análogas funciones” (Ferrando, 2014: 259).

Otra observación que conviene remarcar, es que se exige que la correspondencia se mida dentro del promedio de los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Con ello, se trata de reaccionar contra estrategias abusivas de establecer unas determinadas bases en fechas cercanas a la jubilación parcial para cumplir el requisito.

En cuanto a la cuantía de la pensión de jubilación parcial, lo llamativo es la inexistencia de cambios. Y es que se ha mantenido –pese a la existencia de alguna enmienda parlamentaria a la Ley 27/2011, que no prosperó– el tratamiento privilegiado de la jubilación parcial, que no sufre penalización en su cuantía pese al adelanto de la

jubilación, a diferencia de las jubilaciones anticipadas. Este tratamiento privilegiado también se ejemplifica en la forma de cálculo ya que sobre la pensión teórica, se aplica el porcentaje correspondiente a la reducción de jornada, sin que el límite del importe de la pensión máxima se aplique antes.

3.3.- Jubilación parcial diferida

El objetivo de esta modalidad es la prolongación de la vida activa, lo que ampara que los requisitos de esta jubilación sean menos estrictos. Se exige el cumplimiento de edad legal existente en cada momento. La edad debe coincidir con la real del beneficiario no aplicándose coeficientes reductores de la edad de jubilación para el acceso a la jubilación parcial.

En relación a la reducción de la jornada laboral del jubilado, el tiempo de trabajo ha de oscilar entre un 25 por 100 y un 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. No se exige un período previo de antigüedad en la empresa, ni un trabajo previo a tiempo completo del jubilado parcialmente, ni la suscripción simultánea de un contrato de relevo. Aunque no es necesario, también cabe la suscripción de un contrato de relevo de duración indefinida o anual. En este último supuesto, el contrato se prorroga automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

Esta modalidad de jubilación parcial anticipada es infrutilizada, por lo que la doctrina habría propuesto de *lege ferenda* la aplicación de incentivos como el cómputo de las cotizaciones efectuadas durante dicho período, o al 100 por 100, o la aplicación de los porcentajes adicionales previstos en el art. 163.2 LGSS.

4.- Las excepciones a la regla de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo.

El art. 165.1 de la LGSS establece una regla general instaurada desde los orígenes del sistema de Seguridad Social, de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el simultáneo desarrollo de una actividad. Este principio se habría fundamentado en que quien es beneficiario de una pensión tiene cubiertas sus necesidades. Sin embargo, se han incrementado los supuestos en que se exceptúa la aplicación de la regla general de incompatibilidad, tanto en la Ley 27/2011, como en el

RDL 5/2013, que habría incorporado nuevas medidas dirigidas a facilitar la coexistencia, entre dicha pensión (disfrutada al 50% de su cuantía) y el desarrollo de cualquier actividad, ya sea por cuenta propia o ajena, cuando se acredite una larga carrera de cotización.

4.1.- La jubilación flexible

La compatibilidad entre el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial y la jubilación no ha sufrido cambios. Se trataría del supuesto de jubilación flexible, cuando el jubilado ya ha cumplido la edad de jubilación y encontrándose percibiendo la pensión correspondiente, vuelve al mercado laboral para realizar un trabajo a tiempo parcial. El art. 165.1 LGSS establece que durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. La regulación se contiene en el Real Decreto 1132/2002.

4.2.- La compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia inferior al SMI

Otra de las reformas de gran importancia es la del art. 165.4 LGSS que establece la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación, independientemente del Régimen en que se cause, con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. No es intrascendente remarcar que quienes realicen las actividades por cuenta propia no están obligados a cotizar por ellas, si bien lógicamente tampoco generan derechos nuevos sobre las prestaciones de Seguridad social. Asimismo, esta posibilidad permite al trabajador por cuenta propia continuar desarrollando su actividad o iniciar una actividad de este tipo, con una reducida retribución por su trabajo, si bien este caso, a diferencia de otros, como la jubilación flexible o la parcial, no se minorará el importe de la pensión. La doctrina ha analizado esta excepción desde diferentes planos, entre los que interesa destacar los dos siguientes: Primero que asume el criterio jurisprudencial que había cuantificado el requisito de habitualidad con los ingresos anuales superiores al SMI en el concepto de trabajo por cuenta propia⁷⁸. Segundo, que la reforma no dispensa el mismo trato al trabajo asalariado y al autónomo en lo referente a la compatibilidad con el percibo de la pensión de jubilación, ya que en el segundo caso no se minorará la pensión⁷⁹.

⁷⁸ A los efectos de concretar este límite cuantitativo de ingresos, ha de tenerse en cuenta lo establecido en la DA 62 de la LGSS en relación con el art. 50.1 LGSS que aclara que sólo se tendrán en cuenta los rendimientos netos, excluyendo los gastos.

⁷⁹ López, 2014: 178.

Este supuesto plantea determinados interrogantes que al no ser resueltos por el legislador abren la vía para diferentes interpretaciones judiciales. Entre ellos, el primero es si debe tener consecuencias la falta de comunicación de la situación de compatibilidad por el pensionista, dado que el legislador no ha impuesto esta comunicación en el art. 165.4 LGSS. El segundo es qué ingresos han de tenerse en cuenta a los efectos del límite cuantitativo, los del año anterior al inicio de la situación de compatibilidad o los del propio ejercicio. El tercero es si esta situación es revisable anualmente. El cuarto es qué consecuencias podrían derivar del incumplimiento del requisito de que los ingresos no superen el SMI⁸⁰.

4.3.- Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación reducida al 50%

El supuesto de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo establecido en el RDL 5/2013, que introduciría por primera vez en nuestro sistema un supuesto donde la realización de un trabajo a tiempo completo por parte del jubilado no determina la suspensión de la pensión, sino su reducción. Se prevé una pensión de jubilación reducida al 50% de su importe, en la que el pensionista ve reducida su pensión, porque la compatibiliza con el trabajo retribuido, con independencia de su jornada, y de que sea por cuenta propia o ajena. Se trata de una posibilidad introducida por el Real Decreto Ley 5/2013, donde se establece la compatibilidad de la pensión contributiva con el trabajo, no sólo cuando éste se desarrolla a tiempo parcial (que era una medida ya contemplada), sino también a tiempo completo y para quienes acrediten una larga carrera de cotización. Esta posibilidad de compatibilizar cobro de la pensión de jubilación con trabajo a tiempo completo, ya sea por cuenta propia o ajena, se condiciona al cumplimiento de dos requisitos. El primero es que el acceso a la pensión de jubilación debe haber tenido lugar una vez cumplida la edad legal de jubilación⁸¹, sin aplicación de bonificaciones o anticipaciones. El segundo es que se acrediten unas cotizaciones que les garanticen el reconocimiento de la totalidad de la pensión, esto es, que tras una larga carrera de cotización, la base reguladora de la pensión causada sea del 100 por 100.

Durante esta compatibilización de pensión y trabajo, las obligaciones de cotización se limitan a la incapacidad temporal y a las contingencias profesionales⁸², incrementada por una cotización especial por solidaridad del 8% no computable para

⁸⁰ En relación con esto, alguna autora ha apuntado que pese al silencio del art. 165.4 LGSS debería aplicarse el art. 16.3 de la OM de 18 de enero de 1967 que establece que en caso de incompatibilidad entre pensión y trabajo, el pensionista incurrirá en responsabilidad, y estará obligado a reintegrar su importe (López, 2014: 178).

⁸¹ Sería la referida al art. 161.1.a) y DA 20ª LGSS.

⁸² Los trabajadores por cuenta propia mantendrán sus peculiaridades, como que la obligación de cotización recaerá sobre los mismos, salvo en los TRADE, y la protección por contingencias profesionales será voluntaria.

las prestaciones⁸³. Dado el beneficioso régimen de cotización, y para evitar un efecto sustitución, se prevé que las empresas que contraten jubilados no deben haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en el mismo grupo profesional⁸⁴, y mantener durante la vigencia del contrato, el nivel de empleo existente durante su inicio en los términos de la DA 1ª RDL 5/2013⁸⁵. Y durante esta situación el beneficiario de la pensión de jubilación en su cuantía reducida tiene la condición de pensionista a todos los efectos.

En cuanto a la forma de calcular el importe del 50% de la pensión, se estará al importe resultante del reconocimiento inicial de la pensión o del que esté percibiendo en el momento de la compatibilidad con el trabajo, una vez aplicado el límite máximo de la pensión pública (art. 3 RDL 5/2013). El apartado 4 del art. 3 establece que una vez producido el cese de la actividad por cuenta propia, se reestablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación⁸⁶.

5.- El fomento del retraso en la edad de jubilación

Antes de abordar los diferentes supuestos, cabe señalar que se han cuestionado estas medidas por la situación de desempleo juvenil y la dificultad de los mayores para mantener su actividad.

5.1.- La eliminación de las cláusulas de jubilación forzosa

Pese a la recomendación 12ª de la Comisión del Pacto de Toledo contenida en el informe del 2011 de eliminar la jubilación obligatoria e incentivar el retraso de la jubilación de forma voluntaria, la Ley 27/2011, en su DA 36ª mantuvo la posibilidad de cláusulas convencionales de jubilación forzosa en la DA 10ª del ET, con dos ajustes: que la jubilación forzosa exigiría el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación en cada momento y la exigencia de que el trabajador afectado pudiera alcanzar el 80 por

⁸³ En los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuirá entre empresario y trabajador: el 6% a cargo del empresario y el 2% a cargo del trabajador. Esta cotización no computa para prestaciones.

⁸⁴ López, 2014: 183, apunta con razón, que la referencia al grupo profesional suscitará problemas interpretativos cuando no existan convenios colectivos que los regulen.

⁸⁵ Se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el período de los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90, la suma de los trabajadores que estuvieran de alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio.

⁸⁶ Del término “reestablecimiento” se inferiría que las nuevas cotizaciones no permitirían mejorar la cuantía de la pensión, limitándose a reestablecer el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

cien de la base reguladora de su pensión de jubilación⁸⁷. A la postre, la posibilidad de incluir en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa se derogaría en la Ley 3/2012, de 6 de julio. La nueva DA 10ª del ET tiene un régimen temporal que trata de evitar la enorme litigiosidad que generó la derogación de la posibilidad de jubilaciones forzosas producida en 2001⁸⁸.

5.2.- La estimulación a la prolongación de vida activa

La LMSS, en línea con la tendencia de otros países europeos de estimular la vida activa, trató de incentivar el incremento de la base reguladora de la pensión de jubilación para quienes continuasen trabajando más allá de los 65 años, con quince años de cotización acreditados, incrementando un 2% adicional por cada año completo, y un 3% anual, si a los 65 años se acrediten cuarenta de cotizaciones. Este estímulo para la prolongación de la vida laboral fue incrementado por la Ley 27/2011 hasta un cuatro por ciento para tratar de incentivar el retraso de la edad de jubilación, lo que constituiría casi la única excepción a la línea reformadora *in peius* en materia de pensiones de jubilación del quinquenio. No es baladí destacar la diferencia con el régimen anterior, donde el beneficio se restringía en el momento en que se hubiera alcanzado la carencia relevante máxima de 35 años. Ha de recordarse que si la cantidad resultante excede del límite de las pensiones públicas fijado en la correspondiente LPGE, los beneficiarios tienen derecho a percibir anualmente una determinada cantidad alzada, pero sin que la suma de ésta y del límite máximo de la pensión pública exceda, en cómputo anual, del tope máximo de cotización que la ley establezca. Con este límite absoluto, se obvia el problema de la existencia de un tope máximo de pensiones que venía siendo el límite clásico y era un obstáculo para la incentivación en el retraso de la edad de jubilación. Esta cantidad adicional se devengará en 14 pagas.

En relación con este estímulo, se ha dicho que la reforma partiría de un cierto fracaso, por su escasa utilización de las bonificaciones o incentivos al retraso voluntario de la edad de jubilación, pero no buscaría otras fórmulas diferentes de incentivación a la vida activa, a las ya ensayadas de incremento porcentual de la pensión de jubilación⁸⁹. Una segunda crítica recurrente es que las bonificaciones pueden beneficiar a

⁸⁷ Estas nuevas condiciones habían de ser observadas por los convenios colectivos que se aprobasen a partir del 2 de agosto de 2011.

⁸⁸ Este régimen temporal se establece en la DT 15ª de la Ley 3/2012, de manera que cabe tener en cuenta tres reglas. En primer lugar, la prohibición sólo se aplica a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (el 8 de julio de 2012). En segundo lugar, respecto de los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 8 de julio de 2012, la prohibición se aplica al terminar la vigencia inicial de cada convenio colectivo. En tercer lugar, si se trata de convenios colectivos suscritos con anterioridad al 8 de julio de 2012 y se encontraba ya en esa fecha prorrogado su aplicación, se producirá a partir de esta última fecha.

⁸⁹ López y Toscani, 2011: 12.

determinados colectivos, en detrimento de otros que no pueden decidir voluntariamente prolongar la vida activa por falta de oportunidades laborales. Las bonificaciones se han aplicado también a los funcionarios incluidos en el régimen de clases pasivas, empero, inicialmente no a todos⁹⁰. Además de a determinados colectivos de funcionarios, este incremento adicional no es aplicable a la jubilación parcial ni a la jubilación flexible (art. 163.2 LGSS).

⁹⁰ La DA 25ª de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales para el Estado para el 2015. *Boletín Oficial del Estado* núm. 315, 30-12-2014, establece la aplicación en el ámbito del Régimen de Clases Pasivas del Estado, de lo ya establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, en relación con el acceso a la pensión de jubilación más allá de la edad ordinaria de la jubilación. En principio, llegados los funcionarios a la edad legal ordinaria de jubilación (65 años) pueden pedir una prórroga y trabajar otros cinco años más, hasta los 70, que sería la jubilación forzosa definitiva. Sin embargo, como para los docentes universitarios, jueces, magistrados y registradores de la propiedad, la edad de jubilación ordinaria era de 70 años, y a partir de dicha edad no podían prolongar su actividad, la Administración les negaba el beneficio del incremento de la pensión de jubilación que sí tenían reconocidos otros funcionarios que no pertenecían a los grupos mencionados, incluidos en el Régimen de Clases Pasivas o en el RGSS. Dichos funcionarios cuando acceden a la jubilación a los 70 años pueden recibir una pensión cuyo importe anual puede llegar hasta la cuantía del haber regulador en cómputo anual, mientras que para los funcionarios docentes universitarios, jueces, magistrados y registradores de la propiedad, la cuantía de la pensión quedaba limitada al importe de la pensión máxima.

El profesor García Ninet había reflejado las consecuencias de la exclusión de los colectivos mencionados de la DA 25ª de la Ley de Presupuestos Generales para el 2015.

Partiendo de los siguientes datos:

- Haber reguladora grupo A1= 40.258,62€/año, 2.875,61€ mes en 14 pagas año.
- Pensión máxima= 2.560,88€ mes (14 pagas al año)
- Base máxima de cotización RGSS= 3.606€/mes (12 mensualidades), 3.090,85 €/mes (14 mensualidades),

El efecto práctico sería el siguiente:

1.- Un empleado estatal que cotiza al RGSS se jubila a los 70 años habiendo cotizado por todo el período máximo de prestación de servicios por la base máxima de cotización, cobrará una pensión de 3.090,85 euros mes, en 14 pagas porque actúa como tope máximo la base máxima de cotización del RGSS.

2.- Un funcionario que pertenece a Clases Pasivas, puede percibir hasta 2.875, 61€ mensuales por 14 pagas. Anteriormente hubiera percibido 2.560,88€.

3.- Un docente universitario laboral (no perteneciente a clases pasivas) que cotiza en el RGSS se jubila con 70 años puede percibir hasta 3.090,85 € mensuales por 14 pagas, porque actúa como tope máximo la base de cotización del RGSS.

4.- Un juez funcionario y perteneciente a clases pasivas, se jubilaba a los 70 años. Podían haber dos interpretaciones:

a) Si se consideraba que hay prórroga desde el cumplimiento de los 65 a los 70 años, percibiría 2.875,61€.

b) Si no se consideraba que hay prórroga, según la interpretación de la Administración, percibiría 2.560,881€/mes.

Empero, la desigualdad se ha cortado con la DA 5ª de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado* núm. 174, 22 de julio 2014, que permitiría incrementar su pensión a los jueces, magistrados, abogados fiscales, letrados de la Administración de Justicia, docentes universitarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes inmuebles, que continúen trabajando a partir de los 65 años y, siéndoles de aplicación lo establecido en la DA 25ª de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. *Boletín Oficial del Estado* núm. 315, 30 de diciembre de 2014. Esta medida tiene efectos para pensiones de jubilación que se hayan causado o se causen desde el 1-1-2015.

Por otra parte, se ha previsto la exoneración de cuotas de trabajadores con 65 o más años (las de contingencias comunes, con la salvedad de la incapacidad temporal) que deben abonar empresarios y trabajadores con 65 o más años. La ley 27/2011, de 1 de agosto cambió el art. 112 bis, empero no ha realizado una modificación de esta cuestión, sino una mera adaptación. En concreto, se ha adaptado la edad de jubilación a los nuevos parámetros establecidos en la ley de manera progresiva: 65 años de edad y 38 y 6 meses de cotización y 67 años de edad y 37 años cotizados. Obviamente, todo ello por referencia a la edad que en cada caso resulte de paulatina y progresiva aplicación. Por consiguiente la exoneración de cotizar a la seguridad social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas se aplica a quienes tengan cumplida la edad mínima de jubilación que corresponda en cada momento y acrediten una cotización efectiva para acceder al 100 por 100 de la Seguridad Social, sin que se computen a estos efectos la parte proporcional de pagas extraordinarias. La regulación se aplica a los trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajos de carácter indefinido, así como trabajadores por cuenta propia (DA 32ª LGSS). Esta regulación entraría en vigor a partir del 1 de enero de 2013 (DF 12ª.1 Ley 27/2011)⁹¹.

5.3.- Las mayores dificultades a las prejubilaciones

La utilización de las prejubilaciones como situaciones de traslación desde la extinción del contrato de trabajo hasta el acceso a la jubilación, ha sido posible durante largo tiempo, por dos factores. En primer lugar, por la aceptación de empresas, sindicatos y trabajadores de las prejubilaciones como mecanismo de reestructuración no traumático, en particular, en el ámbito de las grandes empresas, tanto del sector industrial como del sector servicios⁹². En segundo lugar, y por la persistencia de instrumentos legales que habrían permitido dicho tránsito, singularmente la regulación del subsidio de desempleo y la amplitud de la configuración del convenio especial con la Seguridad Social.

Sin embargo, pese a la aceptación social durante varias décadas de esta forma de abordar la reducciones de plantilla su valoración habría sufrido un cambio derivado de una conjunción de factores, entre otros: porque en muchos casos no existían razones económicas acreditables para la reducción o reestructuración empresarial, o porque

⁹¹ Empero, para evitar desajustes la Ley 27/2011, introdujo una DA 55ª de la LGSS, previendo la situación de trabajadores que hubieran accedido a exenciones con anterioridad a dicha fecha – conforme al art. 112 bis en la versión anterior y en la DA 32ª, y se jubilaran con posterioridad al 1-1-2013, el período durante el cual se hubieran extendido dichas exenciones, será considerado como cotizado a efectos de la pensión de jubilación.

⁹² Los precedentes de la prejubilación como mecanismo de reestructuración empresarial se situarían, en nuestro ordenamiento, en la Ley 27/1985, de 26 de junio, de los denominados planes de reconversión industrial.

supone una expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores para favorecer teóricamente –pero sin validación de esta finalidad- el empleo de los jóvenes. De ahí que gobiernos de diverso signo asumiendo la desvalorización de las prejubilaciones, han incidido mediante sucesivas reformas, en prácticamente todas las instituciones jurídicas que habían venido facilitando las prejubilaciones.

Así, en primer lugar, la protección por desempleo que es la primera a la que suele acceder el prejubilado y que como es sabido, se extendería a dos años, si el trabajador acredita seis años de cotización, se ha visto reducida en su cuantía, a partir de los seis primeros meses de percepción, pasando al 50%, a partir del RDL 20/2012, de 13 de julio. Además, la utilización del subsidio por desempleo de mayores de 55 años, se ha visto afectado por diferentes modificaciones legales que han reducido su nivel de protección⁹³. En cuanto al mantenimiento de la cotización, ésta es a cargo del servicio público de empleo durante el tiempo de duración de la prestación por desempleo, y por la empresa o el trabajador, una vez agotada la prestación, a través de un convenio especial con la seguridad Social, y este convenio se ha de mantener hasta los 63 años⁹⁴. El cuarto requisito que es el acceso a la jubilación anticipada, se ha visto sometido a requerimientos cada vez más exigentes. Pero, con todo lo anterior, el cambio normativo que más ha erosionado la eficacia de las prejubilaciones es la aportación al Tesoro público por despidos colectivos de trabajadores de 50 o más años, en empresas en beneficios, regulada en la DA 16ª de la Ley 27/2011, y que ha sufrido cuatro sucesivas modificaciones. Entre las más destacadas el RD-L 3/2012 y la posterior Ley 3/2012 modificaron la regulación en un sentido de reducir a cien, el volumen de trabajadores de la empresa o grupo, donde es aplicable la regulación. Esta aportación empresarial ha provocado efectos perversos, según algunos estudios, ya que es el trabajador el que asume “vía reducción de la cobertura durante el período de prejubilación, el coste que la empresa ha de asumir por la aportación al Tesoro”⁹⁵.

Sin embargo, además de las dificultades legales, conviene tener en cuenta algún elemento jurisprudencial que ha de incidir sobre esta cuestión por una vía indirecta. Y es que hasta hace bien poco, apenas existían impugnaciones por discriminación en los despidos por causas empresariales que afectaban mayoritariamente a trabajadores de 52 o 55 años, en buena medida porque la adscripción era casi siempre voluntaria. Sin embargo, el panorama ha empezado a cambiar, al hacerse difíciles y caras las prejubilaciones, y desaparecer buena parte de las redes de protección más allá de los dos años de protección por desempleo. En relación con la edad como criterio de selección, tiene interés la STC 66/2015, de 13 de abril, que desestima un recurso de

⁹³ Entre ellas, además de la elevación de 52 a 55 años de la edad para el acceso al mismo; el endurecimiento de la forma de determinar la renta del 75% del salario mínimo interprofesional por encima del cual se excluye el derecho al subsidio; el mantenimiento del subsidio hasta la primera edad posible de jubilación y no hasta la edad ordinaria, y la reducción de la base de cotización del 125 al 100%, de la base mínima vigente en cada momento.

⁹⁴ A partir del 1-1-2013, el período que ha de soportar el empresario se incrementa en dos años más, hasta los 63 cuando el despido colectivo no está fundado en causas económicas (con anterioridad era hasta los 61 años).

⁹⁵ Godino, 2014: 42.

amparo planteado en relación con la utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo⁹⁶. Empero no puede hacerse una valoración simplista de la sentencia, puesto que el pronunciamiento considera que la selección de trabajadores no es discriminatoria por la edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años. De manera, que “sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación”. Entre estas medidas, destaca el pronunciamiento, la obligación de abonar las cuotas del convenio especial previsto en el art. 51.9 ET para despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas.

V.- DESEMPLEO

Las reformas en esta materia han tenido como eje la racionalización del gasto en protección por desempleo en una pugna entre más necesidades y menos recursos. Se inscribirían dentro del principio de eficiencia económica y equilibrio presupuestario, ya que la protección se financia con cuotas y con aportación de la LPGE. La política de reducción del gasto público que desde algunas posiciones se ha calificado de apelación al miedo, al aducir como justificación de las reformas la necesidad de garantizar la sostenibilidad de la protección social en el largo plazo, se ha traducido en recortes en prestaciones por desempleo, tanto en las prestaciones contributivas, como en el nivel asistencial. La finalidad de las reformas ha sido no sólo cumplir los objetivos de déficit marcados por la Unión Europea, sino también la de incentivar a los desempleados a buscar activamente empleo y mejorar en los programas de ocupabilidad.

Por otra parte, en la prestación por desempleo, al igual que en la de jubilación, se han producido sucesivas vueltas de tuerca de las reformas mediante dispersos instrumentos de emergencia. Por ejemplo, en el RDL 5/2013, se introdujeron nuevas medidas de recorte, que se añadían a las introducidas en la ley 3/2012 y en el RDL 20/2012, en los subsidios de desempleo, y en la acreditación de la situación legal de desempleo⁹⁷.

⁹⁶ Se enjuiciaba un despido colectivo producido en una empresa pública, el Instituto Valenciano de la Vivienda, SA.

⁹⁷ Respecto a ésta, se ha introducido una nueva redacción del art. 229 LGSS en relación con la percepción de la indemnización de despido y la involuntariedad de la extinción. En el caso de que no se hubiera percibido indemnización, ni se hubiera interpuesto demanda judicial o si la extinción de la relación laboral no llevase aparejada la obligación de abonar una indemnización (por ejemplo, por despido disciplinario), se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral y se “podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo, cuando se aprecien indicios suficientes de fraude”.

1.- Requisitos generales: exigencia de residencia y salidas al extranjero

Una de las modificaciones que ha afectado a las prestaciones y subsidios por desempleo se relaciona con las salidas al extranjero, ya que la residencia en España es un requisito para ser protegido. Durante los años de crisis, ha sido relativamente frecuente que un buen número de inmigrantes regresasen a sus países de origen, o que jóvenes españoles emigrantes saliesen al extranjero sin comunicarlo a la entidad gestora y renovasen telemáticamente la demanda de empleo. Ante las situaciones de fraude se modificó la DA 17ª bis de la LGSS⁹⁸, para establecer que “los beneficiarios de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social cuyo disfrute se encuentre condicionado a la residencia efectiva en España, podrán ser citados a comparecencia en las oficinas de la Entidad Gestora competente con la periodicidad que ésta determine”. De manera que si no se comparece ante la Entidad gestora, la prestación o el complemento a mínimo, será objeto de suspensión cautelar, que podrá ser rehabilitada.

Posteriormente, se estableció la obligación de comunicar a los Servicios públicos de empleo el domicilio y, en su caso, el cambio de domicilio facilitado a efectos de notificaciones, en el momento en que éste se produzca (art. 231.1.b) LGSS)⁹⁹ y la posibilidad de suspender el abono de las prestaciones por desempleo no ya en un expediente sancionador, sino cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude (art. 229.4 LGSS)¹⁰⁰.

Sin embargo, tras abrirse un buen número de expedientes por salidas fuera de España no debidamente comunicadas, se alteró la regla en materia de salidas de extranjero. Este supuesto ha sido introducido por el legislador a la vista de la interpretación sostenida previamente por el TS¹⁰¹. Las causas de suspensión de la protección fueron modificadas primero por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, y después confirmadas por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. *Boletín Oficial del Estado núm. 52*, 1 de marzo de 2014. A estos efectos, se añadieron las letras f) y g) al art. 212.1 de la LGSS y modificó la letra g) del art. 213 de la LGSS. La Ley expresamente aclara que la salida ocasional al extranjero por un período máximo de 15 días naturales dentro de un año natural, no impedirá que se siga manteniendo la

⁹⁸ Por la DF 7.ª.4 de la Ley 27/2011.

⁹⁹ Modificado por el art. 17.13 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁰⁰ Se modifica por el art. 17.12 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁰¹ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 18 de octubre de 2012, rcud. 4325/2011. *ROJ: STS 7817/2012*, donde se interpretó que el traslado al extranjero por tiempo inferior a 90 días no suponía traslado de residencia y no debía conllevar la extinción de la prestación por desempleo, sino la suspensión de la misma. El TS interpretaría que resultaba desproporcionado extinguir el derecho a la percepción de la prestación, obligando al beneficiario a reintegrar todo lo indebidamente cobrado, resultando más equitativo declarar la suspensión de la prestación, obligándole a reintegrar sólo lo percibido durante el tiempo de permanencia fuera de España.

condición de beneficiario y se siga percibiendo la prestación o subsidio. Se establecen como causas de suspensión:

- a) La estancia en el extranjero hasta un período de 90 días dentro de cada año natural¹⁰².
- b) Traslado de residencia al extranjero por un período inferior a 12 meses en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento o cooperación internacional y sin perjuicio de lo previsto en las normas sobre exportación de prestaciones de la Unión Europea.

Se exige como requisito *sine quan non* que las salidas estén previamente comunicadas y autorizadas por la entidad gestora.

Por consiguiente, serán causas de extinción del derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo, las salidas al extranjero que no supongan causa de suspensión, bien porque se produzca traslado de residencia o estancia en el extranjero que exceda de 90 días o bien cuando siendo un traslado de más de 90 días no se realice para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento o cooperación internacional, o bien cuando la salida al extranjero no haya sido “previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora” (art. 213.1.g) LGSS). Por consiguiente, este requisito deviene esencial, ya que por ejemplo una estancia en el extranjero que no alcance los 90 días puede provocar la extinción del derecho a prestaciones o subsidio, por imposición de sanción, que ante la ausencia de comunicación prevé directamente la extinción de las prestaciones o subsidios “sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas” (art. 47.3 LISOS).

La segunda modificación en materia de requisitos generales, exigiría que los desempleados para percibir y conservar la prestación y el subsidio por desempleo, deben estar inscritos y mantener dicha inscripción a través de la renovación de la demanda de empleo (art. 207.e) y 209.1 LGSS). Este requisito se ha trasladado también a buena parte de los subsidios por desempleo (art. 215.4 LGSS) y a otros niveles de protección (arts. 231.1.h) y 233 LGSS y art. 27.4 Ley 56/2003).

Ha habido otras reformas relacionadas con las citaciones o comunicaciones efectuadas por medios electrónicos, que se entenderán válidas a efectos de notificaciones siempre que los trabajadores hayan expresado previamente su consentimiento (art. 24.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en adelante, LISOS). También se han modificado diversos preceptos de esta ley en

¹⁰² Este período coincide con el general para la determinación de la pérdida de residencia en España a efectos de prestaciones de Seguridad Social. En la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales para el 2014, se introdujo una DA 65ª en la LGSS, que determina los efectos de esta situación, señalando que el beneficiario de las prestaciones mantiene la residencia habitual en España aunque haya tenido estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural o cuando la ausencia del territorio español esté motivada por causas de enfermedad natural, debidamente justificadas. Ello se hizo con efectos desde el 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida.

cuanto a la no comunicación previa de medidas de despido colectivo, suspensión o reducción de jornada (o los cambios de calendario o de horario de la suspensión o la reducción) a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo¹⁰³.

2.- Prestación por desempleo

Una de las reformas más importantes es la que ha afectado a la cuantía de la prestación por desempleo, que ha de interpretarse en la clave antedicha de recorte del gasto. Así, el importe de la prestación se limita al 50 por 100 de la base reguladora a partir del día 181 de percepción (art. 17.4 RDL 20/2012 que modificó el art. 211 de la LGSS)¹⁰⁴. El importe líquido que percibe el trabajador se ha visto también minorado como consecuencia de la eliminación de que la aportación del trabajador a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo debía ser abonada por la entidad gestora (derogación del art. 214.4 por la disposición derogatoria única 3.b) del RDL 20/2012, de 13 de julio). El vigente art. 214.1 LGSS establece que el trabajador asumirá íntegramente su aportación por contingencias comunes, que se le descontará de su prestación, aunque la misma se perciba en su cuantía mínima¹⁰⁵.

Otras reformas han tenido por objeto precisar los requisitos de acceso a la protección por desempleo de los trabajadores empleados a tiempo parcial. En el caso de pérdida de empleo a tiempo parcial, el art. 207.b) de la LGSS en la redacción operada por el art. 17.3 del RDL 20/2012, establece que se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo, de forma temporal o definitiva, o se haya visto reducida la jornada ordinaria de trabajo.

Otro bloque de reformas ha incidido en la adecuación de la normativa de desempleo a reformas operadas en materia laboral. La protección social del desempleo ofrece algunas zonas tangenciales con la reformas del mercado laboral operadas en el 2012. Es ilustrativa en este sentido, la supresión de la referencia a los salarios de tramitación en los apartados cuatro y cinco del art. 209 de la LGSS, en cuanto al nacimiento de la prestación cuando el despido sea declarado improcedente y se opte por la indemnización, o la eliminación de la autorización administrativa del art. 47 del ET operada por el RDL 3/2012. También ejemplifica esta adaptación, la inclusión entre los

¹⁰³ Se tipifica como infracción grave en materia de Seguridad Social (art. 22.13 LISOS). A estos efectos debe tenerse en cuenta el sistema de comunicación electrónica establecido en la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada. *Boletín Oficial del Estado* núm. 133, de 4 de junio del 2013.

¹⁰⁴ Con anterioridad era del 60 por 100.

¹⁰⁵ Esta modificación se aplica a prestaciones cuyo nacimiento del derecho derive de situaciones legales de desempleo producidas a partir de la entrada en vigor del RDL 20/2012 y no a situaciones previas (DT 3ª RDL 20/2012).

supuestos que dan lugar a la situación legal desempleo el despido colectivo decidido por el empresario y la suspensión temporal y reducción temporal de la jornada diaria de trabajo por decisión del empresario al amparo del art. 47 del ET (art. 208.1.a) y 208.2 y 3 LGSS). Y la paralela definición del desempleo total consistente en el cese de la actividad por días completos en virtud de suspensión temporal del contrato o reducción de jornada conforme al art. 47 ET, y desempleo parcial la reducción temporal de jornada ordinaria de trabajo conforme al art. 47 ET (art. 203 LGSS). En el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días. A tal fin, el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada decidida por el empresario (art. 210.5 LGSS)¹⁰⁶.

Ha habido reformas relacionadas con el llamado derecho a reposición de la duración de las prestaciones por desempleo, que se hubieran consumido en los supuestos de desempleo total de carácter temporal o de desempleo parcial, garantizándose al trabajador afectado cuando la situación se producía en determinadas fechas, que si ulteriormente le sobrevenía el desempleo total definitivo, podía reabrir la prestación consumida (vid. art 3 RDL 2/2009, 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento de el empleo y la protección de las personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado núm. 57*, 7 de marzo de 2009, y art. 16 de la Ley 3/2012, que lo circunscribe a determinados supuestos y a expedientes iniciados antes del 31-12-2013).

Otro bloque de reformas interesantes es la relativa las compatibilidad entre la percepción de la prestación pendiente de percibir, con el trabajo por cuenta ajena. Se han introducido diferentes supuestos. En primer lugar, cabe hacer referencia a los trabajadores contratados con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Sólo en el caso de trabajadores que hubieran percibido prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante al menos tres meses, podrán voluntariamente compatibilizar cada mes, junto al salario, el 25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuvieran reconocida y pendiente de percibir, sin que exista obligación de las partes de cotizar por tal concepto¹⁰⁷. En el supuesto de que finalice su contrato, el beneficiario podrá optar por solicitar nueva prestación o reanudar la prestación pendiente, en cuyo caso únicamente se considerará consumido el 25 por ciento del período en que compatibilizó la prestación con el trabajo (art. 4.4 Ley 3/2012). Pese a esta ventaja, ha de señalarse que en la práctica, esta última posibilidad ha sido infrutilizada, por cuanto dado el

¹⁰⁶ Durante la situación de suspensión del contrato o reducción de jornada se mantiene la obligación de cotizar por parte de las empresas y para evitar el efecto disuasorio para las empresas del recurso a estas medidas frente a alternativas como el despido, se han mantenido las bonificaciones a la cotización previstas en el art. 1 Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado núm. 315*, 31 de diciembre de 2009, prorrogado por el art. 15 Ley 3/2012 hasta el 31-12-2013.

¹⁰⁷ Esta opción debe realizarse en el plazo de 15 días desde el inicio de la relación laboral. Y de no optarse por la compatibilidad, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212.1.d) y 213.1.d) LGSS.

amplio período de prueba de 12 meses, resulta arriesgado consumir prestación de desempleo.

En segundo lugar, con base en la previsión contenida en el art. 228.4 de la LGSS, se han regulado programas de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo¹⁰⁸. Pero también se ha previsto en el art. 228.6 LGSS, la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación de desempleo pendiente de percibir con trabajo por cuenta propia, al amparo de programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo.

Al amparo de esta previsión, se ha establecido un programa que ha habilitado la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir¹⁰⁹ (art. 33 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto de Trabajo Autónomo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 166, 12 julio 2007).

La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y la Economía Social, BOE de 10 de septiembre, también ha incidido en la ampliación de los colectivos de trabajadores por cuenta propia que podrán capitalizar el cien por cien de su prestación para destinarla a la inversión necesaria para el ejercicio de la actividad (art. 33 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto de Trabajo Autónomo), regulando la capitalización de socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales. Dicha Ley también ha ampliado el período de suspensión o extinción de la prestación por desempleo hasta un máximo de sesenta meses cuando el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia, modificando los arts. 212 y 213 LGSS.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a las reglas de compatibilidad entre la percepción de la prestación o el subsidio por desempleo y el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. El art. 221.1 de la LGSS –en la redacción operada por el RDL 20/2012– establece que: “La deducción en el importe de la prestación o subsidio a que se refiere el párrafo anterior se efectuará tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando realice dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, si bien, en este supuesto, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por la que se haya cotizado por dicha contingencia en ambos trabajos, durante los 180 días del periodo a que se refiere el apartado 1 del artículo 210, y las cuantías máxima y mínima

¹⁰⁸ Vid. DT 6ª de la Ley 45/2002, en la versión dada por el art. 2.6 de la Ley 3/2012.

¹⁰⁹ Esta medida fue introducida para menores de 30 años por el art. 3 RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 47, 23 de febrero de 2013. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y la Economía Social, *Boletín Oficial del Estado* núm. 217, 10 de septiembre de 2015, ha ampliado el colectivo al eliminar la barrera de la edad.

a que se refiere el artículo 211, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas en ambos trabajos”.

3.- Subsidios por desempleo

El segundo nivel o colchón de la protección por desempleo que ampara a los sujetos que no han alcanzado o agotan la protección contributiva, se han visto afectados, en primer lugar, por la eliminación del especial para mayores de 45 años, regulado en el art. 215.1.4 LGSS¹¹⁰. En segundo lugar, por el endurecimiento de los requisitos de acceso y permanencia en el llamado subsidio de prejubilación a los 55 años, donde se ha producido una elevación de la edad de acceso, y un cambio de duración, ya que ésta no se produce hasta la pensión contributiva de jubilación, sino que el subsidio se extingue a la edad en que el beneficiario pueda acceder a una jubilación anticipada (art. 216.3 LGSS), lo que no permite evitar al subsidiado la aplicación de los coeficientes reductores por anticipar la edad de jubilación¹¹¹. El recorte se ha trasladado también a la cotización, ya que durante la percepción del subsidio para mayores de 55 años, la entidad gestora deberá cotizar por la contingencia de jubilación, pero sobre la base del tope mínimo de cotización en cada momento, frente al anterior 125 por 100¹¹². Este ahorro para las cuentas públicas no sólo se produce por la cotización, sino obviamente por la repercusión de las cotizaciones mermadas en la cuantía de la pensión de jubilación.

En tercer lugar, se han producido cambios en el colectivo de los liberados de prisión, donde la DF 4ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2014. *Boletín Oficial del Estado núm. 309*, 26 de diciembre de 2013, añadió una DA 66ª a la LGSS que introduce los requisitos para alcanzar no sólo el subsidio de los liberados de prisión, sino también para que estas personas accedan al subsidio contributivo general. Los cambios se aplican a sujetos que han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de unos determinados delitos concretos por terrorismo u organizaciones criminales o abusos o agresiones sexuales de menores de 13 años, prostitución o corrupción de menores.

¹¹⁰ Vid. disp. derogatoria única, ap. 3.a) del RDL 20/2012, de 13 de julio.

¹¹¹ La Ley 22/2013, de Presupuestos Generales para el 2014, modificó el art. 222.4 LGSS, para disponer que cuando el trabajador perciba el citado subsidio y alcance la edad que le permite acceder a la pensión de jubilación, los efectos de la pensión se retrotraerán a la fecha de efectos de la extinción del subsidio para alcanzar dicha edad. Ello requiere que la solicitud de jubilación se haya producido en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción. La reforma tiene efectos desde el 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida.

¹¹² El cambio normativo alcanzaría no sólo a quienes ya tenían reconocido el subsidio antes de la entrada en vigor del RDL 20/2012, con la consiguiente inseguridad jurídica, que habría afectado particularmente a quienes tenían suscrito un convenio especial de seguridad social para complementar sus bases de cotizaciones, al ver incrementadas con carácter inmediato, las cuotas para mantener las cotizaciones que se venían efectuando.

Otras reformas han incidido en otros requisitos, por ejemplo, los beneficiarios de los subsidios deben carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cálculo mensual, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, y se exige no sólo en el momento de solicitar el subsidio sino que se debe mantener durante toda la percepción del subsidio o de la ayuda. Respecto a este requisito, se aplican criterios de legislación fiscal¹¹³. Habiendo precisado la doctrina judicial que ha de atenderse a los ingresos netos, deducidos los gastos, pero sin que resulte deducible el mínimo vital que no corresponde a gastos realmente realizados¹¹⁴.

El requisito de carencia de rentas que, como es sabido, focaliza la litigiosidad no sólo en el nivel de los subsidios, sino en las rentas activas de inserción y en otros programas como el RAI, PREPARA y de Activación del Empleo, ha tenido diversas modificaciones. En primer lugar, se ha incrementado el cómputo de rentas pues, se considerarán como tales los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por 100 del vigente interés legal del dinero¹¹⁵ (art. 215.2 LGSS). En segundo lugar, en el subsidio de jubilación el requisito de carencia de rentas se debe valorar dentro de toda la unidad familiar¹¹⁶.

La cuantía del subsidio es como regla general el 80 por 100 del IPREM, si bien respecto a los desempleados por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, esta cuantía ya no se mantiene como ocurría antes del RDL 20/2012, sino que la cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas en los casos de desempleados con responsabilidades familiares, parados sin derecho a prestación contributiva pero que hubieran cotizado unos mínimos, y desempleados mayores de 55 años (art. 217.1 LGSS). Se ha criticado la reforma al entender que dada la finalidad del subsidio, carece de sentido valorar la jornada del trabajo que se ha perdido para calcular la cuantía del subsidio.

4.- Renta activa de inserción y otros programas para las personas que agoten su protección por desempleo

¹¹³ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 28 de octubre de 2009, rec. 3354/2008. *ROJ: STS 7789/2009*, que aunque referida a complementos de pensiones a mínimos, tiene una proyección general.

¹¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana que resuelve rec. 1/2015.

¹¹⁵ Con anterioridad a la reforma, era del 50 por 100.

¹¹⁶ En el caso del subsidio de prejubilación, debe tenerse en cuenta la DT única del RDL 5/2013, de forma que cuando el nacimiento del derecho se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor del real decreto-ley, les será de aplicación la normativa sobre el requisito de carencia de rentas vigente en ese momento, durante toda la duración del subsidio. En consecuencia, en cuanto al requisito relativo a la carencia de rentas en el conjunto familiar, no afectará a los titulares del derecho al subsidio cuyo nacimiento sea anterior a la entrada en vigor del RDL 5/2013.

El programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo regulado en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, ha sufrido diversas modificaciones, que han afectado al art. 2, esto es, a los requisitos de acceso. Así, en primer lugar, se mantiene el requisito de inscripción ininterrumpida durante 12 o más meses como desempleado en la oficina de empleo, añadiéndose la obligación de buscar activamente empleo, si bien se ha precisado que a estos efectos “se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa.” Y se ha añadido la obligación de buscar activamente empleo, sin rechazar una oferta de empleo adecuada o la participación en acciones de formación o reconversión profesionales.

En cuanto a la salida al extranjero, se mantiene en el art. 2 la regla de que dicha salida provocará la interrupción de la inscripción como demandante de empleo. Si bien se matiza este efecto cuando “la salida al extranjero se ha producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días; o la salida a países del EEE y Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días”.

Pero acaso, la reforma más significativa es la operada en el apartado 2.1.c) donde ya no es suficiente con “no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta agraria”, sino que se exige “haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo o el subsidio por desempleo de nivel asistencial...”. Con ello, obviamente se excluye del derecho a quienes no hubieran generado la prestación.

Descendiendo al terreno judicial, cabe comentar, siquiera brevemente otros aspectos del ámbito subjetivo que han suscitado problemas interpretativos y han sido los colectivos de las víctimas de violencia de género y doméstica, que en la RAI quedan limitada a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada a análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres (art. 2.2.c) RD 1369/2006). Una parte de los problemas se centrarían en la delimitación de la condición de víctima. En general, la jurisprudencia ha optado por una interpretación extensiva, cuando por ejemplo, no existía orden de protección integral, sino simples medidas cautelares de alejamiento de la víctima¹¹⁷. En otros casos, se han planteado problemas en relación con el mantenimiento de la condición de víctima. En este sentido, el art. 3.3. del RD 1917/2008 fija indiciariamente un plazo máximo de 24 meses posteriores a la notificación de las medidas de protección para acceder al programa de inserción. En la doctrina judicial de suplicación, algunas

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 2 de octubre de 2013, rcud. 3123/2012. ROJ: STS 5329/2013.

sentencias han rechazado la concesión de la renta cuando ya se había cumplido la orden de alejamiento y superado el antedicho plazo¹¹⁸.

Finalmente, en el contexto de un quinquenio de recesión, se han venido sucediendo de forma aluvional, diversos programas para desempleados que agotasen su prestación por desempleo y subsidios de desempleo, a quienes sin tener derecho a la RAI agoten prestaciones o subsidios por desempleo, careciendo igualmente de rentas y comprometiéndose a mejorar la ocupabilidad¹¹⁹. La ayuda se cuantifica en una cantidad económica equivalente al 75% del IPREM hasta un máximo de 6 meses, que se puede incrementar al 85%, en el caso de que el beneficiario en el momento de la solicitud, tenga a su cargo al menos a tres miembros de la unidad familiar. El programa de recualificación profesional de personas que agoten su protección por desempleo, denominado plan PREPARA, a partir del RDL 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 37, 12 de febrero de 2011, se aplica hoy con vocación indeterminada, hasta que la tasa del desempleo no baje del 20%¹²⁰. Posteriormente, se aprobaría el programa de activación para el empleo por Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el programa de activación para el desempleo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 307, 20 de diciembre de 2014, con vigencia hasta el 15-4-2016¹²¹.

5.- Novedades en el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos

Uno de los ejes de las reformas en los últimos años se ha centrado en el llamado desempleo de los trabajadores autónomos. Esta protección sería un nuevo punto de

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, de 26 de julio de 2010, rec. 3288/2010. *ROJ: STSJ M 12986/2010*, y STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1, de 17 de abril de 2012, rec. 2634/2011. *ROJ: STSJ CV 2952/2012*.

¹¹⁹ Vid. Resolución de 13-2-2015, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1-8-2013 (RCL 2013\1273), por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el RDL 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 23, 26 de enero de 2013.

¹²⁰ Este programa se regula en el RDL 23/2012, de 24 de agosto, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, *Boletín Oficial del Estado* núm. 204, 25 de agosto de 2012.

¹²¹ Podrán ser beneficiarias del programa las personas desempleadas que, entre otros reúnan los siguientes requisitos a la fecha de dicha solicitud: a) Haber transcurrido al menos seis meses desde el agotamiento de la RAI o el Programa Temporal de Protección e Inserción (PRODI) o el Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo (PREPARA). b) Estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014. c) Haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa.

convergencia entre la protección de los autónomos respecto a los trabajadores asalariados (con la prestación por IT y la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional de los trabajadores autónomos). Se han producido varias reformas de la regulación contenida, como es sabido, en la Ley 32/2010, de 5 de agosto (en adelante, LCA) y en el desarrollo reglamentario (RD 1541/2011), entre otras, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 227, 18 de septiembre de 2010, la Ley 27/2011, el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 208, 30 de agosto de 2011, y Ley 35/2014¹²², de 26 de diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 314, 29 diciembre de 2014, y que han pasado a denominarse Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social¹²³. Esta reforma no ha sido la última, puesto que la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medias de fomento y promoción del trabajo autónomo y la Economía Social, *Boletín Oficial del Estado* núm. 217, 10 de septiembre, ha regulado como novedad el pago único de la prestación por cese de actividad (art. 39 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo).

La regulación de la prestación por cese de actividad se habría mostrado ineficaz tanto por el número de autónomos suscritos¹²⁴, y el consiguiente escaso número de solicitudes de la prestación, como por datos estadísticos sobre denegación de buena parte de las solicitudes¹²⁵. Este escaso impacto derivaría de dos factores. Primero, del alto coste para el autónomo, que debía asumir el coste de la protección –a diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, que sólo costean un parte-. Y segundo, por una fuerte contributividad, al exigirse un período de cotización de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, que contrastaría con la situación de los asalariados, donde se exigiría reunir este período dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo y que pueden darse de una forma repartida. La exigencia de una cotización ininterrumpida lleva a efectos prácticos, a que si un autónomo cesa antes de doce meses y en el lapso de un mes emprende un nuevo

¹²² La Ley 35/2014, de 26 de diciembre, ha procedido a una reforma de las mutuas, con la finalidad declarada de lucha contra el absentismo laboral injustificado y también de reforzar determinados objetivos de transparencia de su gestión y recursos, al incluirlas a determinados efectos como parte del sector público estatal.

¹²³ DA 1ª Ley 35/2014. La razón del cambio de denominación según expone el legislador es que el ámbito de su gestión iría más allá de las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales, si bien mantienen su naturaleza jurídica de ser asociaciones de empresarios y ello se refleja en la utilización en su denominación de la preposición “con” en vez de la inicial propuesta de utilizar la preposición “de”.

¹²⁴ Según algún autor, citando fuentes de la Federación ATA de 2013, estarían suscritos unos 600.000 autónomos de un total de afiliados al RETA de 3 millones (López, 2015: 178).

¹²⁵ Por ejemplo, en el 2012 de rechazaron el 80 por 100 de las solicitudes. Datos en Revista de Información Laboral, núm. 7, 2014, p.12.

negocio, tiene que esperar nuevamente 12 meses para poder obtener la protección. Por otra parte, la duración máxima de la protección (12 meses) es muy inferior a los 24 meses de los trabajadores por cuenta ajena. La reforma de la Ley de Mutuas ha incidido en diversos aspectos que interesa sintetizar.

En primer lugar, flexibiliza algunos requisitos, en particular, los de acceso a la prestación, que nacieron como uno de los puntos más discutidos de la protección social, precisamente porque el excesivo rigor de la norma iba encaminado a salvar las dificultades para controlar la veracidad de la involuntariedad del cese de los trabajadores por cuenta propia. Desde mi punto de vista, uno de los más interesantes es el que afecta a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante, TRADE) que carecen de la calificación legal por ausencia de las formalidades establecidas al efecto. Se ha previsto que tienen derecho a la prestación de cese de actividad a los TRADE, aunque carezcan del reconocimiento de tal condición, siempre que su actividad cumpla las condiciones establecidas en el art. 11 de la LETA. Con ello se establece un régimen alternativo a la regulación vigente que, si bien por influencia de la jurisprudencia¹²⁶, ha relativizado la forma escrita¹²⁷, sí ha mantenido como decisiva la comunicación por el TRADE al cliente, de su condición¹²⁸.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 12 de julio de 2011, rcud. 3706/2010. *ROJ: STS 5792/2011*. La doctrina puede sintetizarse en lo siguiente: «Porque es cierto que en nuestro derecho es norma general la de que la forma escrita de los contratos y su incorporación a registros públicos no se requiere "ad solemnitatem", sino tan sólo "ad probationem", cual muestran los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil y el 8 del ET. Pero el que la Ley no requiera la forma escrita "ad solemnitatem", no significa que la misma no condicione la validez del contrato al conocimiento por la empresa empleadora de la condición de trabajador autónomo dependiente a quien contrata con ella, conocimiento que es un elemento constitutivo del contrato. Por ello, aunque puede aceptarse que el artículo 12-1 de la Ley 20/2007 no establece la necesidad de forma escrita como requisito "ad solemnitatem", debe rechazarse que no tenga carácter constitutivo del contrato la comunicación, por el trabajador, a quien le contrata, de su condición de dependencia económica de quien lo emplea, cual requiere el nº 2 del citado artículo 12 y reiteran el párrafo segundo de la transitoria segunda de la Ley, y el artículo 2º y la transitoria primera del R.D. 197/2009».

¹²⁷ Prevista en el art. 12.1 Ley 20/2007, y la inscripción en el registro previsto por el RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. *Boletín Oficial del Estado núm. 54*, 4 de marzo de 2009

¹²⁸ Vid. DF 2ª Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado núm. 245*, 11 de octubre de 2011, en la que se añade el art. 11 bis de la LETA. Conforme a la misma, el trabajador autónomo que reúna las condiciones establecidas en el artículo anterior, podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente. En el caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 12 de la presente Ley.

En el caso de que el órgano jurisdiccional del orden social reconozca la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente al entenderse cumplidas las condiciones recogidas en el artículo 11 apartados 1 y 2, el trabajador solo podrá ser considerado como tal, desde el momento en que se hubiere recibido por el cliente la comunicación mencionada en el párrafo anterior. El reconocimiento judicial de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior al momento de dicha comunicación

En segundo lugar, se suaviza la forma de acreditar la situación económica causante del cese de actividad. Y ello por varias líneas de actuación. Primero, por los motivos económicos. En el art. 5.1.a) de la Ley 32/2010, se venía presumiendo la existencia de motivos económicos que determinaban la inviabilidad en el negocio o la actividad, que se daban cuando las pérdidas en un año completo fueran superiores al 30% de los ingresos o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos. Estas exigencias, excesivamente rígidas, que obligaban al autónomo a esperar a una situación económica muy gravosa, se han reformado por entender que era excesivamente oneroso para el autónomo estar tanto tiempo en pérdidas o con dicha cuantía. Ahora se exige que existan motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo, superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo periodo, excluido el primer año de inicio de la actividad¹²⁹. 2.º Ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos, que comporten al menos el 30 por ciento de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior (con anterioridad el porcentaje era del 40 por cien). 3.º La declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad, en los términos de la Ley Concursal”.

En relación con esta presunción un tema es si es un *numerus clausus* o no. Algunas sentencias han entendido que es preciso que las pérdidas alcancen los porcentajes legalmente establecidos¹³⁰, pero en cambio, otras sentencias conciben que esta enumeración no es cerrada, y que pueden darse las causas en otras situaciones¹³¹. Como indica la doctrina, la rebaja en el porcentaje de pérdidas ha eliminado en parte esta problemática¹³².

En segundo lugar, en cuanto al cese de actividad por motivos económicos, técnicos, organizativos y productivos, la Ley 35/2014 ha permitido que el autónomo no tenga

¹²⁹ En doctrina judicial de suplicación se interpreta que el primer año no computable se calcula de fecha a fecha, y no dentro del año natural (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1, de 27 de marzo de 2013, rec. 121/2013. ROJ: STSJ CAT 3787/2013, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sección 1, de 30 de octubre 2013, rec. 438/2013. ROJ: STSJ AR 1208/2013).

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1, de 17 de diciembre de 2013, rec. 713/2013. ROJ: STSJ CLM 3455/2013; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, de 4 de febrero de 2015, rec. 327/2014. ROJ: STSJ M 502/2015.

¹³¹ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de junio de 2014, rec. 231/2014. ROJ: STSJ EXT 1090/2014, que establece que no obsta a la concesión de la prestación que «las pérdidas derivadas del ejercicio de la actividad no alcancen el porcentaje de los ingresos que se fijan en ese mismo artículo pues, como también se alega en el motivo, esos límites no se fijan para determinar que si no se llega a ellos no se tiene derecho a la prestación, sino que, si se dan, "en todo caso", se entiende que existe el motivo para el cese, pero no que si no se llega, no pueda entenderse que se produce la causa o motivo para el cese de la actividad que determina el derecho a la prestación, como aquí sucede pues, se repite, en un negocio del volumen del que tiene el demandante, no puede exigírsele que continúe con las pérdidas aunque no alcancen ese límite».

¹³² Taléns, 2015: 118.

como única opción la de cerrar el local o el establecimiento cuando se encuentre abierto al público, admitiendo también que el autónomo pueda transmitirlo a terceros o realizar cualquier acto de disposición, siempre que no supongan como es obvio, la continuidad de la actividad profesional desempeñada (art. 5.1 LCA). Otra reforma de la situación de cese de actividad ha afectado a la pérdida de licencia administrativa, cuando la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional. Ello se excluye únicamente cuando venga motivada la pérdida por la comisión de infracciones penales, no por otros incumplimientos contractuales o faltas administrativas.

En tercer lugar se amplía el ámbito de aplicación a los beneficiarios, incluyendo a los administradores de las sociedades de capital que sean expulsados de su actividad retribuida¹³³.

En cuarto lugar, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, ha incidido en un aspecto que dificultaba la cobertura de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, y que era la exigencia de darse de alta en la protección de sus contingencias profesionales, como vehículo para alcanzar la protección por cese de la actividad, y que venía provocando el efecto perverso de que muchos autónomos optaran por darse de baja en las contingencias profesionales para evitar la cotización por cese de actividad. En este sentido, el vigente art. 2 LCA establece que la protección por cese de actividad es “voluntaria”, por lo que los autónomos pueden elegir protegerse frente a los accidentes laborales y enfermedades profesionales o frente al cese de actividad, o por ninguna de ellas¹³⁴.

En quinto lugar, la ley de reforma de las Mutuas ha sustituido el tipo de cotización establecido en el art. 14.3 LCA, que con anterioridad era fijo, por un tipo de cotización móvil referido a una expresión matemática (vid. DF 2ª Ley 35/2014, que dio nueva redacción al art. 14 LCA), con un tope mínimo del 2,2% por debajo y un 4% por arriba.

En cuanto al mecanismo de invitación al pago para los trabajadores autónomos que deban cotizaciones, se ha modificado el art. 4.1.e) LCA, que venía planteando un problema interpretativo, ya que las Mutuas, en su versión original, lo interpretaban estrictamente, y entendían que sólo cabía la invitación al pago cuando el solicitante tuviera cotizados los 12 meses inmediatamente anteriores al hecho causante¹³⁵. Ello era absurdo porque cuando el trabajador autónomo iba a pedir la prestación de cese de actividad lo usual es que le fuera mal el negocio durante los 12 meses anteriores y hubiera dejado de cumplir varias de sus obligaciones (tributarias, con proveedores y de Seguridad Social). La reforma ha consistido en eliminar del precepto la frase de que “se

¹³³ El cese involuntario del administrador, sin más no da derecho a la prestación, sino que se exige además que la sociedad haya incurrido en pérdidas en los términos previstos en el apartado 1.a).1.º o bien haya disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social (art. 5.2 Ley 32/2010).

¹³⁴ El carácter voluntario puede ser objeto de revisión en el futuro conforme a la DA 2ª de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que previene que el Gobierno deberá realizar un estudio en el plazo de 5 años con el objeto de revisar en su caso el régimen de voluntariedad y el régimen financiero de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

¹³⁵ Taléns, 2015: 109-112.

tuviera cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la protección”. De esta forma, con la regulación vigente, las Mutuas deberán invitar al pago en caso de descubierto, con independencia de que las deudas estén situadas tanto antes como después de los 12 meses anteriores.

Y finalmente, otra de las modificaciones destacables es que se permite la prueba de circunstancias económicas mediante documentos contables del autónomo, y no a través de certificados de la Administración tributaria, que resultaban de imposible acreditación, pues la AEAT no emite certificados de pérdidas de las personas físicas y también cuando el autónomo estaba tributando por módulos¹³⁶.

VI.- INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal es una de las prestaciones que más cambios ha sufrido en los últimos años, y éstos se han centrado en los aspectos de gestión y control para tratar de atajar un uso fraudulento de la prestación. En buena medida, estas reformas han incidido en la línea del apartado 13 del Pacto de Toledo, que señala la “necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal o invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones”. En la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el art. 128 LGSS y se atribuyó a las Entidades gestoras en detrimento de los servicios de salud, el control de la situación de IT que tuviese una duración superior a 365 días, cualquiera que fuera la contingencia determinante y la entidad responsable de la prestación. Posteriormente se volvió a modificar la regulación atribuyendo a los servicios médicos de las entidades gestoras las mismas facultades que las inspecciones médicas de los servicios públicos de salud en procesos de incapacidad temporal que no hubieran superado los 365 días¹³⁷. Nuevamente, el RD 625/2014, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. *Boletín Oficial del Estado núm. 176*, 21 de julio de 2014, ha reformado determinados aspectos de gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros 365 días de duración, sustituyendo al RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. *Boletín Oficial del Estado núm. 98*, 24 de abril de 1997. Pese a las continuas reformas, la racionalización de la regulación está lejos de conseguirse y la característica más evidente de la gestión de la prestación, es su complejidad. Al hilo de lo anterior, no deja de ser llamativo que buena parte de las

¹³⁶ López, 2015.

¹³⁷ DA 52ª LGSS, añadida por la DA 19.5 de la Ley 35/2010.

últimas reformas se hayan centrado en los procesos de control de los primeros 365 días de IT, dejando de lado lo que ocurre en los 180 días subsiguientes, donde la entidad gestora asume todas las competencias, y se concentra buena parte de la litigiosidad.

1.- Las propuestas de alta por parte de las Mutuas en procesos de IT por contingencias comunes

En los procesos de IT por contingencias comunes, la emisión del parte de alta médica corresponde exclusivamente a los facultativos del servicio público de salud, a los inspectores médicos de los servicios públicos de salud y a los inspectores médicos dependientes del INSS. Sin embargo, una de las últimas reformas ha incidido en el procedimiento por el que las mutuas pueden proponer altas médicas en procesos de IT derivados de contingencias comunes cuya cobertura corresponda a la mutua. Dicho procedimiento está previsto en el art. 6 del RD. 625/2014.

Cuando la Mutua, a través de los servicios médicos adscritos considere que el trabajador en baja pueda no estar impedido para el trabajo, tiene la potestad de formular a través de los médicos adscritos a ella, una propuesta “motivada” de alta¹³⁸, ante las unidades de Inspección Médica de los Servicios públicos de Salud, quienes la han de remitir inmediatamente al facultativo o servicio médico a quien corresponda la emisión del parte de alta¹³⁹. El plazo para contestar del facultativo del servicio público de salud sobre la propuesta de alta se ha reducido a 5 días desde la fecha en que la propuesta tenga entrada en la Unidad de Inspección¹⁴⁰. La normativa prevé que ante esta propuesta de alta el facultativo del Servicio público de Salud pueda adoptar las siguientes resoluciones:

- Confirmar motivadamente la baja, consignando el diagnóstico, el tratamiento médico, las causas que justifican la discrepancia y señalando las atenciones y controles médicos que se considere necesario realizar
- Admitir provisionalmente la propuesta, expidiendo el parte de alta médica.

También se han previsto legalmente las consecuencias de la no contestación en plazo por parte del facultativo del Servicio público de Salud. En caso de no recibir contestación en plazo de los facultativos o de los servicios médicos, la decisión pasa a la Inspección Médica, que puede bien acordar el alta, expidiendo el parte médico, o bien mantener la baja. También cabe esta posibilidad en caso de que la Inspección Médica de los Servicios públicos de Salud discrepe de la baja acordada por el facultativo del servicio público. En este caso, el plazo para comunicar la confirmación de la baja es de

¹³⁸ A la que acompañará los informes y pruebas que se hayan realizado en su caso.

¹³⁹ Las mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador la remisión de esta propuesta de alta.

¹⁴⁰ Con anterioridad el plazo era de 10 días. Ha de tenerse en cuenta que se había previsto transitoriamente (seis primeros meses de entrada en vigor del RD) que el plazo fuera de 11 días hasta el 1-3-2015.

5 días, desde la recepción de la propuesta en la Unidad de Inspección Médica¹⁴¹. También se ha previsto la consecuencia si la Inspección Médica no contesta en plazo, en cuyo caso, conforme a la regulación vigente, la Mutua transcurrido el plazo de contestación, puede instar ante la Inspección Médica de la Entidad Gestora, la expedición del parte de alta, de acuerdo con las competencias previstas en la DA quincuagésima segunda de la LGSS¹⁴².

La reforma ha establecido un plazo específico para la Entidad Gestora para contestar a la solicitud de la Mutua de la expedición del alta, que es de 4 días contados desde la recepción de la solicitud del alta médica¹⁴³. Nótese que con esta previsión, se altera la situación anterior, donde ante la falta de regulación de un plazo expreso para la contestación por parte de la Entidad Gestora a la solicitud de la Mutua de expedición del alta, se aplicaba el plazo general de tres meses.

Además de la posibilidad de acudir ante la entidad gestora cuando en función de los reconocimientos médicos y otros tratamientos, se estime que el trabajador en situación de IT no está impedido para realizar su trabajo, la Mutua puede llevar a cabo funciones de seguimiento y control de los trabajadores, incluidos reconocimientos médicos a través de los servicios médicos de la entidad a partir del primer día de la baja, sin tener que esperar a la fecha de inicio del abono de la prestación a cargo de la Mutua, que como es sabido, en el caso de enfermedad común o accidente no laboral, se produce a partir del decimosexto día de baja, estando a cargo del empresario el abono de la prestación desde los días cuarto al decimoquinto (art. 131 LGSS).

2.- Procedimiento de declaración de contingencia

Otra de las novedades importantes está en el procedimiento de determinación de la contingencia previsto en el art. 6 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social en relación con la prestación de incapacidad temporal. *Boletín Oficial del Estado núm. 235*, 29 de septiembre de 2009, en la redacción dada por la DF 3ª del RD 625/2014. Este procedimiento atribuye la competencia al INSS para decidir si una IT deriva de contingencia común o profesional¹⁴⁴. Y se aplica por ejemplo, en los frecuentes casos en que un trabajador acude a una Mutua y ésta se niega a emitir un

¹⁴¹ El plazo era anteriormente de 15 días. Ha de tenerse en cuenta que se había previsto transitoriamente que el plazo fuera de 11 días, hasta el 1-3-2015.

¹⁴² Repárese en que se elimina una de las posibilidades previstas anteriormente que eran que la Mutua reiterara la propuesta ante el servicio de salud o planteara una iniciativa de alta ante los servicios médicos del INSS.

¹⁴³ Transitoriamente el plazo ha sido de 8 días hasta el 1-3-2015 (Vid. DT 2ª RD 625/2014).

¹⁴⁴ Este procedimiento también se ha estimado aplicable en la determinación de la contingencia de asistencia sanitaria o para establecer la Mutua, entre las varias, responsable del proceso de IT o de la asistencia sanitaria. En este sentido, STSJ Castilla y León, Valladolid, de 27-5-2015, rec. 785/2015.

parte de baja derivado de contingencias profesionales, y conmina al trabajador a acudir al servicio público de salud, que le emite una baja por contingencias comunes.

El procedimiento se puede iniciar por el trabajador, su representante, de oficio por el INSS, a instancia de la mutua o de la empresa colaboradora. Una vez iniciado, el INSS lo comunicará a los interesados y recabará sus alegaciones y los antecedentes relacionados con el caso, para su aportación en el plazo improrrogable de 4 días¹⁴⁵. Si no fuera el trabajador el que hubiera instado el procedimiento, el INSS le comunicará que dispone de un plazo de diez días hábiles para aportar la documentación y hacer alegaciones.

En este procedimiento, el EVI debe emitir un informe preceptivo, y el director provincial del INSS dictará resolución en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas o el agotamiento de los plazos fijados, y se pronunciará sobre la determinación de la contingencia como común o profesional que ha originado el proceso de incapacidad, si el proceso es o no recaída de otro anterior, así como el sujeto responsable de la prestación económica y sanitaria. Debe tenerse en cuenta que cuando por el servicio público de salud se hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, se inicia el abono de IT conforme a esta calificación, sin perjuicio de que en caso de determinarse el carácter profesional en la resolución final del procedimiento, la mutua abone la diferencia y reintegre a la entidad gestora. Similares consecuencias se prevén si se califica como común la contingencia y hubiera venido abonándose por la Mutua.

En caso de mantenerse la disconformidad, podrá iniciarse el procedimiento judicial. Debe tenerse en cuenta que a efectos procesales el procedimiento del art. 6 del RD 1430/2009, tiene la consideración de una reclamación administrativa previa conforme al art. 71.4 LRJS. El procedimiento judicial tendrá por objeto la determinación de la contingencia, pero la eventual reclamación de los daños y perjuicios derivados por ejemplo, de la denegación indebida de asistencia sanitaria, puede dar lugar a una reclamación judicial de carácter indemnizatorio ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso aunque derive de una Mutua¹⁴⁶.

3.- El procedimiento especial de revisión de las altas médicas

La intervención normativa ha creado un sistema de control complejo en función del carácter de la contingencia, según la duración de la IT esté antes o después de los

¹⁴⁵ Se adjuntaría, por ejemplo, el informe de la mutua en el que se justificaran los motivos de la determinación de la contingencia causante como común, así como los informes relativos a las pruebas que se hubiesen realizado, en su caso; o el informe del servicio público de salud que considere la contingencia como común.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1, de 27 de mayo de 2015, rec. 785/2015. *ROJ: STSJ CL 2198/2015*.

365 días y ha abierto situaciones problemáticas en torno a la extinción por falta de asistencia a los reconocimientos médicos previstos por los facultativos de dichas Mutuas. La complejidad de la regulación parece incompatible con una prestación muy frecuente. En todo caso, tras la correspondiente reclamación administrativa -exigible de no haberse agotado el plazo de 365 días de la prestación de IT-, el interesado podrá plantear la impugnación judicial del alta médica conforme al procedimiento regulado en el art. 140 de la LRJS. Esta modalidad procesal no tiene acceso al recurso de suplicación ex art. 191.1.g) LRJS¹⁴⁷.

3.1.- Procedimiento de revisión de altas médicas emitidas por la Entidad Gestora

La extinción del derecho a la IT concentra buena parte de la litigiosidad, que tiene dos aspectos estrella, las recaídas y la impugnación de las altas médicas. Focalizaré la atención en este segundo aspecto por cuanto, se entremezclan complejos aspectos de carácter sustantivo y procesal, en particular, el procedimiento previsto en el art. 140.3 LRJS, que pese a la brevedad de los plazos fijados legalmente, se incumplen en la práctica por la falta de medios en la Administración de justicia. La impugnación de las altas médicas deriva mayoritariamente de la decisión de la Entidad gestora a partir de los 365 días, aunque en menor medida, pueden existir impugnaciones de altas producidas con anterioridad, y también de altas decididas por la entidad gestora con posterioridad a una inicial prórroga.

Y es que, como es sabido, el art. 128.1.a) de la LGSS atribuye a la entidad gestora la competencia para adoptar a partir de los 365 días del inicio de la situación de IT alguna de las tres posibilidades siguientes: A) Reconocer la situación de prórroga expresa de la incapacidad temporal. B) Determinar la incoación del expediente de IP. C) Acordar el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos.

Cada una de las situaciones del subsidio de incapacidad temporal superada la duración máxima de 365 días plantea interrogantes¹⁴⁸. Me limitaré a apuntar algunos. En el primer supuesto, el reconocimiento de la prórroga, el principal problema que plantea la prórroga de la IT es que, en puridad, ésta debe otorgarse únicamente cuando exista la posibilidad de mejoría y además esta mejoría se produciría dentro del plazo de seis meses¹⁴⁹. El tenor literal ha abierto varias dudas interpretativas. Una primera es si

¹⁴⁷ Esta exclusión del recurso de suplicación se aplica también a los supuestos en el que en proceso de impugnación del alta médica se haya introducido la cuestión de la determinación de la contingencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1, 28 de enero de 2015, rec. 724/2013. ROJ: STSJ GAL 878/2015).

¹⁴⁸ Dicha duración se aplica a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o profesional o de accidente sea o no de trabajo.

¹⁴⁹ La prórroga de la IT está concebida en la ley para los supuestos donde se prevé que esta situación puede ser objeto de mejoría. Dicha prórroga por otros 180 días se supedita a que “se presuma que durante

procedería dar de alta médica al trabajador en el caso de que no fuera posible esa mejoría dentro del plazo de seis meses. La respuesta entiendo debe ser negativa. Como, ha señalado alguna autora “realizar la interpretación literal del precepto conduciría al absurdo de no poder prorrogar la situación de IT del trabajador que continúa necesitado de asistencia sanitaria y que además tampoco puede calificarse en situación de IP, pues sus dolencias no han quedado objetivadas”¹⁵⁰. En el caso de que las dolencias definitivas, lo que procedería es el alta médica con propuesta de declaración de IP. Sin embargo, un problema que late en toda la regulación de la duración de la IT, es que no siempre la curación es evidente ni tampoco lo es el carácter definitivo o no de las dolencias, por lo que los plazos dejan en un estado de indefinición a las enfermedades largas.

Un segundo problema es que la prórroga de 18 meses, ha de ser expresa (art. 7.1 RD 575/1997), queda en manos del INSS y es interpretada como algo excepcional.

Un tercer problema es qué ocurre si no se produce una prórroga expresa, ni alta médica, ni propuesta de calificación de IP. En estos casos, el trabajador queda en una situación de desprotección puesto que la entidad gestora o colaboradora responsable no iniciará normalmente el pago directo de la IT hasta que conste la concesión expresa de la prórroga. En la práctica, al trabajador como se ha anticipado, suele impugnar el alta o solicitar directamente la declaración de IP, o ambas cosas a la vez.

Un cuarto problema que ha sido objeto de atención legislativa es el relativo a la prórroga de la situación de IT. Una vez transcurrido el plazo máximo fijado de 545 días sin que el trabajador haya sido dado de alta médica, se examinará necesariamente en el plazo máximo de tres meses el estado del incapacitado, a efectos de la calificación de IP en el grado que corresponda. En relación con la prórroga de la IT y la demora de la calificación de la incapacidad permanente una vez traspasados los 545 días, se ha producido una modificación en el art. 7 del RD 1430/2009, introducida por la DF 3ª.5 del RD 625/2014. En estas situaciones la incapacidad temporal es objeto de una prórroga específica (sin alta ni cotización) debiendo examinarse necesariamente el estado del trabajador en el plazo de 3 meses a efectos de su eventual calificación en un grado de incapacidad permanente. Sin embargo, si después de los 3 meses seguía sin dictarse calificación de incapacidad permanente el art. 131.bis.2 establecía que “si la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso, podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal”. En este caso, se prevé ahora cómo ha de producirse el procedimiento de demora de la calificación, mediante una resolución expresa del órgano competente. Se han producido cambios

ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”. En principio, la prestación de IT tendrá una duración de 545 días, unos 18 meses. Sin embargo, el apartado segundo del art. 131 bis establece la posibilidad de prorrogar excepcionalmente esta situación en aquellos casos en los que, por continuar la necesidad de tratamiento médico se hiciera aconsejable demorar la calificación de IP del trabajador. En estos casos, la demora no podrá rebasar los 730 días naturales sumados los de IT y los de prolongación de sus efectos, lo que equivale a la concesión de una segunda prórroga de seis meses de duración hasta una IT prorrogada como máximo dos años.

¹⁵⁰ Fernández Prats, 2014: 176.

importantes por la Ley 22/2013, de PGE para el 2014, en el art. 131.bis de la LGSS, pero han afectado esencialmente a la prórroga de la incapacidad temporal. En todo caso, pese a los cambios legales, están lejos de despejarse las dudas interpretativas en relación con la duración de la incapacidad temporal, donde sólo de forma limitada, se cuenta con criterios jurisprudenciales unificados¹⁵¹.

La segunda situación posible de las tres posibilidades que establece el art. 128 a partir de los 365 días es la de inicio del expediente de IP. En principio, debe producirse sobre la base de criterios médicos, pero aparecen otros factores que han motivado una disminución de los procesos de expedientes iniciados de oficio. En muchos casos, ante la denegación de la prórroga al trabajador o un alta, el trabajador suele sin perjuicio de impugnar el alta médica, instar la declaración de la IP. No está de más apuntar que no cabe solicitar en la modalidad procesal de impugnación de altas médicas la condena al inicio del procedimiento de IP. Y es que el art. 140.3 es taxativo y limita el procedimiento de impugnación de las altas “al alta médica impugnada, sin condicionar otros procesos diversos, sea en lo relativo a la contingencia, a la base reguladora, a las prestaciones derivadas o a cualquier otro extremo”.

La tercera situación, la de alta médica es bien compleja pues el procedimiento de impugnación plantea un buen número de problemas (incumplimiento de los plazos de señalamiento por el colapso judicial, dificultades para acreditar la situación del trabajador en un momento temporal determinado, y limitación del objeto procesal exclusivamente al enjuiciamiento del alta). En este terreno, se han producido situaciones de desamparo que recurren a la vía judicial, y donde no siempre se ha obtenido una respuesta satisfactoria, máxime porque la inexistencia de recurso de suplicación imposibilita establecer criterios rectores.

De entrada, como una suerte de reclamación administrativa “sui generis”, se aplica lo dispuesto en el art. 128.1.a) LGSS mediante el llamado “procedimiento de

¹⁵¹ Entre los más interesantes, cabría destacar los siguientes:

- 1) Se confirma la denegación de la prórroga excepcional de la IT cuando se ha agotado el plazo de 18 meses y se produce una resolución administrativa denegando la existencia de una incapacidad permanente en ninguno de sus grados y la necesidad de asistencia sanitaria, estando el trabajador pendiente de una intervención quirúrgica. Y ello por cuanto dicha prórroga está exclusivamente prevista para demorar la calificación de IP del trabajador por continuar la necesidad de asistencia sanitaria (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, 10 de junio de 2008, rcud. 652/2007. ROJ: STS 3760/2008).
- 2) Se confirma la denegación de la prórroga de la IT cuando se ha agotado el plazo máximo ordinario de la situación con informe propuesta de declaración de IP y no se reconoce por falta de carencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 25 de febrero de 2003, rcud. 1138/2002. ROJ: STS 1263/2003).
- 3) Cuando transcurran veinticuatro meses desde el inicio de la situación de IT sin que el trabajador haya podido ser dado de alta médica, ni la entidad gestora se haya pronunciado sobre la calificación de IP del trabajador, se debe mantener la prórroga de la IT y continuar abonando la prestación hasta el momento de la calificación, con el reconocimiento o no del derecho al percibo de la prestación de IP (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 1 de diciembre de 2003, rcud. 3569/2002. ROJ: STS 7653/2003, y 7 de diciembre de 2011, rcud. 1499/2011. ROJ: STS 9227/2011).

disconformidad". En síntesis, el trabajador puede impugnar en el plazo máximo de 4 días naturales ante la inspección médica del servicio público de salud. Este requisito ya plantea algún problema interpretativo. Por ejemplo, qué ocurre si se presenta la impugnación fuera de plazo. Pues bien, la superación de dicho plazo ha sido considerado un requisito que impediría la impugnación judicial del alta médica¹⁵². Si dicha inspección discrepara de la resolución de la entidad gestora podrá proponer en el plazo máximo de siete días la reconsideración de la decisión de aquella, aportando pruebas complementarias para la fundamentación. Por el contrario, si la inspección confirma el pronunciamiento de la entidad gestora o no se pronunciara en el plazo de 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, el alta médica adquirirá plenos efectos. Durante la tramitación se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

La impugnación judicial se sustanciaría por la modalidad del art. 140 LRJS, si bien, ha de señalarse que existen otros procedimientos de revisión de altas.

3.2.- Procedimiento de revisión de altas emitidas por facultativos de las Mutuas en procesos derivados de contingencias profesionales en procesos de IT antes del agotamiento de los 12 meses de duración

La legislación vigente determina claramente que corresponde a las Mutuas el reconocimiento inicial de la contingencia respecto a las derivadas de un riesgo profesional, aunque su decisión pueda ser revisada por el INSS. Precisamente dicho proceso de revisión se regula en el art. 4 RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en la redacción dada por el RD 625/2014, de 8 de julio. Por consiguiente ante la decisión de una Mutua de dar por curado a un trabajador en un proceso de IT derivado de contingencias profesionales, si el trabajador no está de acuerdo debe iniciar un procedimiento, que se tramita ante el INSS.

Dicho procedimiento, que tiene reconocido legalmente el carácter de preferente, parte de que el trabajador podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora en el proceso de IT por contingencias profesionales en el plazo de 10 días hábiles siguientes al de su notificación. La solicitud tiene determinados requisitos que conviene comentar. De entrada, existe un formulario de solicitud disponible en la página web de la Seguridad Social. En segundo lugar, en la solicitud dirigida a la entidad gestora, el trabajador debe manifestar los motivos de su disconformidad con el alta médica. Y, en tercer lugar, con el fin de que la entidad gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará el historial médico previo relacionado con el concreto proceso de IT, o copia de la solicitud de dicho historial a la

¹⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1, 13 de septiembre de 2012, rec. 7563/2011. ROJ: STSJ CAT 9308/2012.

entidad colaboradora. En cuarto lugar, el interesado debe comunicar a la empresa el inicio del procedimiento de revisión el mismo día en que presente la solicitud o el día siguiente hábil.

La iniciación del procedimiento de revisión tiene efectos suspensivos del alta médica, debiendo entenderse prorrogada la situación de IT durante la tramitación del procedimiento, manteniéndose por tanto, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado. Ahora bien, de confirmarse el alta, finalmente, las prestaciones económicas de incapacidad temporal se reputarán indebidamente percibidas.

La tramitación del procedimiento abre diversas comunicaciones. En primer lugar, el INSS comunicará a la Mutua el inicio del procedimiento de revisión para que en el plazo improrrogable de 4 días hábiles aporte antecedentes relacionados con el proceso de IT de que se trate, e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. Si no se presentara la antedicha información, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado. Cabe también la posibilidad de que la mutua reconozca la improcedencia del alta emitida.

En segundo lugar, la entidad gestora comunicará a la empresa el inicio del procedimiento de revisión en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. Esta comunicación se relaciona con una obligación impuesta a las empresas, y es que si el interesado hubiera presentado en la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, la empresa queda obligada a informar al INSS con carácter inmediato, a los efectos de coordinar las actuaciones.

Esta finalidad de coordinación de procesos de IT también está presente en la previsión de que si el interesado solicitara una baja médica por contingencias comunes y se conociera la existencia de un proceso previo de IT derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, el procedimiento de revisión. Además, se prevé la obligación del servicio público de salud de comunicar a la entidad gestora la existencia de dos procesos de incapacidad temporal distintos que pudieran estar relacionados. En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de IT por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que pueda corresponder finalmente a la mutua el deber de reintegro a la entidad gestora y el abono de la diferencia al interesado.

La tramitación del procedimiento se cierra con el informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades sobre el concreto caso.

En punto a la resolución del procedimiento, corresponde al director provincial de la entidad gestora en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora. La resolución puede contener los siguientes pronunciamientos:

- Confirmación del alta médica de la mutua y declaración de la extinción del proceso de IT en la fecha de la mencionada alta.

- El mantenimiento de la baja médica por contingencias profesional, si se considera que el interesado está impedido para trabajar. Lógicamente dicho pronunciamiento priva de efectos al alta emitida por la Mutua.
- La fijación del carácter de la contingencia como común o profesional de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, cuando existan procesos intercurrentes con distintas bajas médicas. Ello puede determinar, según cual sea la calificación, la eventual improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud.
- También cabe que se considere el alta médica emitida por la Mutua como prematura, si bien si el interesado hubiera recuperado la capacidad durante la tramitación del procedimiento, la resolución puede contener una nueva fecha de efectos del alta.

Está previsto que si durante la tramitación del procedimiento especial de revisión, la duración de la IT alcanza los doce meses, la entidad gestora competente resolverá, de conformidad con lo previsto en el art. 128.1.a) LGSS. Igualmente, hay que señalar que el abono de la prestación de incapacidad temporal durante este procedimiento será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

4.- La incomparecencia a los reconocimientos médicos

Uno de los aspectos que plantea una notable conflictividad jurídica es el relativo a los efectos de la falta de asistencia los reconocimientos. Como es bien sabido, el art. 8.1 del RD 625/2014, de 18 de julio, establece que la entidad gestora, y las mutuas ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originó el derecho al subsidio a partir del momento en que se expida el parte médico de baja. Por consiguiente, desde el primer día, la Mutua puede llamar a un trabajador a un reconocimiento médico.

En cuanto a las consecuencias que pueden derivarse de la falta de asistencia a un reconocimiento, la normativa distingue según la falta de comparecencia está justificada o no. En el primer supuesto, se volverá a citar al trabajador a una nueva revisión. Sin embargo, hasta que se verifique la justificación se podrá acordar la suspensión cautelar del proceso de IT (art. 132.3 LGSS). Si el trabajador justifica su incomparecencia dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha en que estaba citado al reconocimiento médico, el INSS o la Mutua dejarán sin efecto la suspensión cautelar y rehabilitarán el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, por lo que no le será reintegrado al trabajador el pago de los días correspondientes al período de la suspensión. Si no se aportara justificación o ésta fuera insuficiente en el plazo de 10 días, se dictará resolución por el

INSS extinguiendo la prestación con efectos desde el día que hubiera sido efectiva la suspensión (art. 131. bis 1 LGSS y 9.6 y 7 del RD 625/2014) y el inspector médico del INSS podrá expedir el alta médica por incomparecencia (art. 9.6 RD 625/2014). La Mutua puede, en los mismos supuestos, acordar la suspensión o extinción del derecho (art. 9.4 y 7 RD 625/2014). Por consiguiente, la incomparecencia injustificada a cualquiera de los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos del INSS o de la Mutua, provocará la extinción del subsidio, conforme a lo previsto en el art. 131 bis. 1 de la LGSS.

En esta materia, rige el casuismo ya que se ha de fiscalizar en cada caso si existe o no falta de diligencia o dejación en el interesado o bien exceso de rigor en la Mutua. Téngase en cuenta que la citación a los reconocimientos debe ser comunicada al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles informándole de las consecuencias de la falta de asistencia al reconocimiento¹⁵³. La recepción es esencial pues condiciona la validez de la actuación de la Mutua. Una de las cuestiones recurrentes en la práctica es la falta de recogida del burofax de aviso del reconocimiento médico. En esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de diciembre de 2014, rcud. 618/2014. *ROJ: STS 5713/2014*, estimó la falta de contradicción de dos sentencias de suplicación relativas a la extinción de la prestación de IT sobre la base del número de días que uno y otro caso, se había tardado en recoger el aviso de la Mutua (en un caso ocho días inhábiles y en el otro, 24 días inhábiles)¹⁵⁴. Lo que indica que la falta de diligencia extendida en el tiempo es determinante.

Otro de los aspectos conflictivos son las causas de justificación. Legalmente se entiende que la incomparecencia está justificada cuando el trabajador aporte informe por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente, cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a 4 días hábiles o cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente. Esta última causa tiene un contenido potencialmente abierto, que genera una cierta inseguridad jurídica. Desde luego, no parece suficiente excusar la incomparecencia, o alegar error en la lectura de la fecha de reconocimiento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1, 4 de marzo de 2015, rec. 1950/2014. *ROJ: STSJ CV 1474/2015*). En cambio, se ha admitido certificado médico de fecha posterior que incapacitaba al trabajador para asistir al reconocimiento, validando el criterio del juzgador de instancia sobre la base del principio de inmediación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,

¹⁵³ En relación con estas facultades de gestión de las mutuas, en la DA 11ª.2 LGSS en la redacción dada por la Ley 35/2014, se establece la obligación de las Mutuas de motivar y formalizar por escrito los actos de reconocimiento, suspensión, anulación o extinción de los derechos, quedando supeditada la eficacia de los mismos a su notificación a los interesados.

¹⁵⁴ Un plazo similar de veinticinco días se ha considerado como falta de diligencia por parte del trabajador en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 13 de noviembre de 2013, rcud. 2780/2012. *ROJ: STS 6186/2013*.

Sala de lo Social, Sección 1, de 10 de septiembre de 2014, rec. 1505/2014. ROJ: STSJ/PV 2830/2014).

5.- La pérdida o suspensión de subsidio por otras causas

La Ley 22/2013, de Presupuestos Generales para el Estado para el año 2014, reformó el art. 131.bis sobre la extinción del derecho del subsidio de incapacidad temporal. Se establece que a efectos de determinar la duración del subsidio se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso. Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

Cuando, iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal, se denegara el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanuda el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los quinientos cuarenta y cinco días.

Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, el INSS podrá autorizar, por una sola vez, una nueva baja médica por idéntico diagnóstico durante los 180 días siguientes a la extinción del proceso anterior, si estima que es posible la recuperación funcional.

6.- Nueva regulación de los partes de baja y de confirmación de la baja

Otras novedades son las que afectan a los partes. La concesión de la baja por IT se producirá cuando el trabajador, a juicio del médico del servicio público de salud (cualquiera que sea la contingencia determinante) o el de la Mutua (cuando la causa de la baja médica sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional)¹⁵⁵, no pueda seguir trabajando en su puesto de trabajo. En el RD 625/2014, se ha introducido una regulación de los partes, que se circunscribe expresamente a los primeros 365 días de baja médica y ha sido desarrollada reglamentariamente por la Orden núm. ESS/1187/2015, de 15 de junio, por el que se desarrolla el RD 625/2014, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. *Boletín Oficial del Estado* núm. 147, 20 de junio de 2015. El objetivo sería sustituir los partes médicos de confirmación de la baja de periodicidad semanal, por otros partes para simplificar trámites, establecer una duración estimada de la IT y facilitar el seguimiento de los procesos y la comunicación telemática entre los diferentes interesados. Esta nueva regulación se contiene en el art. 2 del RD 625/2014, de 18 de julio. El parte emitido por el servicio público de salud o por la mutua, según sea la entidad facultada para emitir la baja, lo remitirá de manera inmediata en el primer día por vía telemática al INSS. Lo más interesante es que se establecen diferentes plazos en relación con la duración estimada de los procesos de IT¹⁵⁶, distinguiéndose cuatro supuestos: 1) IT muy corta, con una duración estimada inferior a 5 días¹⁵⁷; 2) IT corta, con una duración estimada de entre 5 y 30 días naturales; 3) IT media, con una duración estimada entre 31 y 60 días naturales, y; 4) IT larga con una duración estimada de 61 o más días¹⁵⁸. Siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un nuevo parte de confirmación de la baja, con una previsión de una duración estimada. Los informes médicos de control por parte de los servicios correspondientes del servicio de Salud son de aplicación en los procesos con duración de 30 días o más y han de acompañar al segundo parte de baja. Como ha pronosticado algún autor “pese a la buena intención dirigida al control de las situaciones de IT, el período es corto, pues ello puede provocar

¹⁵⁵ Cuando el origen de la baja médica sea una contingencia profesional, y el trabajador preste servicios en una empresa que tenga suscrita su cobertura con una Mutua o se trate de un trabajador por cuenta propia, los partes de baja, de confirmación o de alta, serán expedidos por los servicios médicos de la propia mutua.

¹⁵⁶ El RD 625/2014, de 18 de julio, prevé la elaboración de tablas de duración óptima de los procesos patológicos, así como tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales (art. 2.2 RD 625/2014). Una de las novedades destacadas es que la duración estimada de la situación de IT no sólo tendrá en cuenta la patología del trabajador, sino su edad y ocupación.

¹⁵⁷ En estos casos de duración muy corta, se puede emitir en el mismo día el parte de baja y de alta. Está previsto que en estos casos el trabajador pueda solicitar que se realice un reconocimiento médico el día que se haya fijado para el alta y el facultativo podrá emitir el parte de confirmación de la baja, si considerase que el trabajador aún no ha recuperado su capacidad laboral (art. 2.2. Orden núm. ESS/1187/2015, de 15 de junio).

¹⁵⁸ En los procesos de duración estimada de la IT, corta o media, la revisión médica no excederá de 7 días naturales y en los de duración estimada larga, de 14 días naturales. En los procesos de IT con duración prevista superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de baja irá acompañado de un informe médico complementario expedido por el mismo facultativo que extendió el parte anterior. También en aquellos procesos con una duración inferior a 30 días que a la postre sobrepasen el período estimado, el informe médico complementario deberá acompañar al parte de confirmación de la baja que pueda emitirse, en su caso, una vez superados los 30 días naturales.

la trivialización del citado informe de control ... y un nuevo acto de burocratización del procedimiento, que lo convertirá en ineficaz” (Fernández, 2014: 13).

En la práctica, ello implica que, en particular en los procesos de IT prolongados, el trabajador no tendrá que acudir semanalmente a confirmar la baja, sino que estas citas estarán dadas por el facultativo según la duración estimada de la IT. No obstante, la DT 1ª del RD 625/2014 establece que mientras no se aprueben los nuevos modelos de partes médicos de incapacidad temporal mantendrán su validez los vigentes con anterioridad a la nueva norma que serán tramitados de acuerdo con la normativa anterior. Estos modelos se han aprobado por la Orden núm. ESS/1187/2015, de 15 de junio (vid. Anexo I), pero entrarán en vigor el 1-12-2015.

También existen modificaciones en relación con la tramitación de los partes médicos y obligaciones de los trabajadores, empresas y otras entidades. Entre ellas, cabe remarcar la obligación de los facultativos de los servicios públicos de salud o de la mutua de comunicar al actor en el último parte de confirmación de la baja anterior al agotamiento de los 365 días naturales, que el control del proceso corresponderá a partir de entonces al INSS o al ISM¹⁵⁹.

Por otra parte, en relación con las recaídas, la regulación prevé que el médico competente del servicio público de salud o el de la Mutua, según la contingencia de que se trate, al cumplimentar el modelo de baja debe consignar, en el apartado correspondiente, si la baja es de recaída de un proceso anterior (art. 2.2 del RD 625/2014 y art. 6.6 RD 1430/2009).

VII.- INCAPACIDAD PERMANENTE

1.- Concepto y grados de incapacidad: criterios jurisprudenciales recientes

No se han producido grandes cambios normativos, a diferencia de lo acaecido en prestaciones como las de jubilación, desempleo e incapacidad temporal. No hay tampoco grandes novedades en cuanto al concepto y los grados de incapacidad¹⁶⁰. Por

¹⁵⁹ Las entidades gestoras pueden adoptar a partir de los 365 días una de las siguientes posturas: reconocer la situación de prórroga expresa de la IT, incoar el expediente de IP o acordar el alta médica por curación o incomparecencia a los reconocimientos médicos.

¹⁶⁰ Hay alguna norma aclaratoria, como que el concepto de incapacidad permanente debe distinguirse del concepto de persona con discapacidad, aunque conforme al art. 4.2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad e inclusión social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 289, 3 de diciembre de 2013, los pensionistas por incapacidad permanente (especialmente en sus grados de absoluta y gran invalidez) tienen la consideración de discapacitados a los efectos de la normativa correspondiente, siempre que superen los porcentajes en ella establecidos.

consiguiente, las reseñas que realizaré en este punto son de carácter jurisprudencial, donde es remarcable la existencia de algunos pronunciamientos, pese a la obvia dificultad de contradicción en sentencias sobre el grado de invalidez, al valorarse la capacidad laboral de una persona en función de las secuelas padecidas y su concreta profesión. En punto a la gran invalidez, la STS de 10-2-2015, rcud. 1764/2014, la ha reconocido en un supuesto de ceguera, partiendo del carácter objetivo de la lesión ocular, con independencia de la autonomía funcional que haya adquirido la persona ciega¹⁶¹.

En cuanto a la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, conviene recordar que si bien ésta presupone la inhabilidad del trabajador para todo tipo de trabajo es posible compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con “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 a efectos de revisión” (art. 141.2 LGSS). El TS ha aclarado que cuando se desarrollen actividades compatibles, las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, cuando la situación clínica impida el desarrollo de la última actividad laboral realizada¹⁶².

No obstante, esta especial compatibilidad se restringe a partir de la edad de jubilación. Y es que la finalidad de la compatibilidad es la reinserción laboral del incapacitado, lo que “pierde su sentido”, según se establece en la exposición de motivos de la Ley 27/2011, después del cumplimiento de la edad de jubilación. Desde ese momento la pensión de incapacidad permanente se declara expresamente incompatible con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena que determinen la inclusión del pensionista en algunos de los regímenes de seguridad social, “en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva” (art. 141.3 LGSS, añadido por la Ley 27/2011 y con efectos desde el 1 de enero de 2013). Ello suscita la duda de cómo se ha de interpretar esta regla, debiendo estarse al art. 165 LGSS que es el que regula las posibilidades de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo. Como excepciones a la tradicional regla de incompatibilidad se admite la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia que no genere ingresos anuales superiores al salario mínimo interprofesional, con la precisión de que el ejercicio de tales actividades ni obliga a cotizar a la seguridad social ni genera nuevos derechos a prestaciones de seguridad social (art. 165.4 LGSS, añadido por la Ley 27/2011 y con vigencia inmediata). Igualmente, los arts. 2 a 4 del RDL 5/2013, permiten compatibilizar la pensión de

¹⁶¹ La posición del Alto Tribunal puede considerarse consolidada al ratificar el criterio de un pronunciamiento del TS de 3-3-2014 y se basaría en cuatro apartados, a saber: a) Que una persona ciega reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez. b) Que en principio se considera por tal a la persona con agudeza inferior a una décima en ambos ojos. C) Que el invidente requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos probados. D) Que ello no se excluye, aunque el invidente hubiera adquirido habilidades que permitan realizar actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros, o incluso de haber efectuado trabajos no perjudiciales con su situación.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 16 de octubre de 2013, rcud. 907/2012. ROJ: STS 6655/2013.

jubilación con el trabajo por cuenta propia o ajena en determinadas condiciones, regla que puede trasladarse al pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siempre que se trate de trabajos compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (como se desprende de la regla general del art. 141.2 LGSS). Por último, ha de tenerse en cuenta la aplicación de las reglas generales que regulan esta compatibilidad, entre ellas, que se minorará la pensión –en este caso de incapacidad permanente- en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Por otra parte, que una vez producido el cese en el trabajo, se reestablecerá el percibo íntegro de la pensión, que no será mejorada. Empero, se ha defendido que no hay inconveniente en que ese período de actividad como cotizado pueda contribuir a generar una pensión de jubilación por la que el pensionista pueda optar en los términos del art. 122.1 del LGSS (Castro, 2012: 8).

2.- Requisitos de acceso

2.1.- Afiliación y alta

Un primer requisito es el de afiliación y alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida (art. 124.1 LGSS), que se excluye en caso de disposición legal expresa en contrario o alta de pleno derecho, como ocurre para los riesgos profesionales. También se exonera del requisito de alta cuando se trate de los grados de IP absoluta para todo trabajo o de gran invalidez derivados de contingencias comunes, exigiendo, no obstante, que en tales supuestos el período mínimo de cotización acreditable sea de 15 años, distribuidos en la forma que prevé el art. 138.2.b) de la LGSS, es decir de modo que la quinta parte de ese período exigido esté comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 138.3 LGSS).

Entre las situaciones asimiladas al alta, cabe mencionar por ejemplo, que se consideran por el INSS la suspensión de la prestación por desempleo por sanción (DOGSS de 18 de abril de 2011). Y a nivel jurisprudencial, es interesante la doctrina que ha considerado que la percepción de la renta activa de inserción (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de mayo de 2014, rcud. 2678/2013. *ROJ: STS 2144/2014*, que aunque referida a prestaciones de muerte y supervivencia puede tener una proyección general) o que el reconocimiento de una prestación de invalidez no contributiva constituye situación asimilada al alta a los efectos de acceder a la IPA del sistema contributivo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de enero de 2013, rcud. 1008/2012. *ROJ: STS 411/2013*).

2.2.- Período de cotización

En cuanto al requisito de cotización, que como es sabido, se exige en todas las prestaciones de incapacidad permanente excepto cuando deriva de riesgo profesional o accidente no laboral, en cuyo caso no se precisa período de carencia alguno, se ha mantenido el criterio consolidado de que las cotizaciones deben reunirse en el momento del hecho causante. No son computables las cotizaciones habidas al amparo de un convenio especial suscrito con posterioridad a la denegación del reconocimiento de la incapacidad permanente por no acreditar el período mínimo de cotización exigido si no se ha vuelto a desempeñar actividad laboral alguna y el trabajador se encuentra en la misma situación clínica (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de noviembre de 1995, rcud. 1671/1995. *ROJ: STS 7780/1995*), pero en cambio, sí se admite cuando exista un agravamiento de la situación clínica anterior (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 21 de enero de 2015, rcud. 127/2014. *ROJ: STS 722/2015*).

En cuanto a los períodos cotizados, se han introducido algunas novedades durante el quinquenio analizado. Así, por ejemplo, la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado núm. 71*, 23 de marzo de 2007, modificó el art. 180.1 LGSS y previó que los dos primeros años (ampliable a 30 ó 36 meses si se trata de familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente) del período de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo disfrutado por cada hijo conforme al art. 46.3 ET. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2013, computarían como efectivamente cotizados los tres años de excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos (art. 180.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley 27/2011). En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la DA 44ª de la LGSS añadida por la LO 3/2007, de 22 de marzo, que si no se es trabajadora o funcionaria en el momento del parto y no se hubiera cotizado durante la totalidad de la suspensión del contrato por maternidad, se computa como periodo efectivamente cotizado un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo, y de 14 días más para cada hijo a partir del segundo, caso de parto múltiple¹⁶³. Los días asimilados por partos únicamente computan para acreditar la carencia específica si los

¹⁶³ La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, período que se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018 (aunque con posibilidad de adelanto de esta última fecha para familias numerosas), hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre. En cualquier caso, la aplicación de estos beneficios no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario, limitación que se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el art. 180 de la LGSS.

Sin perjuicio de lo anterior, salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación (DA 60ª LGSS).

mismos se han producido en el período de referencia de diez años anteriores al hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Pero la novedad más importante es la relativa a los trabajadores a tiempo parcial. En estos supuestos se aplica la regulación contenida en el DA 7ª de la LGSS en la redacción dada por el art. 5 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. *Boletín Oficial del Estado núm. 185*, 3 de agosto de 2013. Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Los días en que el trabajador permanezca en alta, en cada uno de esos períodos, se multiplicarán por el coeficiente de parcialidad asignado al período que corresponda, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. El período mínimo de cotización exigido a un trabajador a tiempo parcial será el resultado de aplicar el coeficiente global de parcialidad al período mínimo de cotización exigido, siendo este coeficiente global de parcialidad el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

2.3.- Incapacidad permanente a partir de la edad de jubilación

El acceso a prestaciones económicas por incapacidad permanente tiene el límite de la edad de jubilación cuando tal situación deriva de contingencias comunes, siempre que el interesado reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la seguridad social (art. 138.1 LGSS). Lógicamente la edad de jubilación debe entenderse referida a la edad de jubilación que en cada caso corresponda, de acuerdo con lo previsto en la Ley 27/2011. La jurisprudencia reciente ha confirmado que los pensionistas de jubilación anticipada pueden acceder al reconocimiento de una incapacidad permanente al no haber alcanzado la edad legal de jubilación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 21 de enero de 2015, rcud. 491/2014. *ROJ: STS 641/2015*).

3.- Cuantía de las prestaciones

Las novedades en este terreno se relacionan con la base reguladora de la incapacidad permanente total cuando aparecen meses en los que no existe obligación de cotizar. Y es que la Ley 27/2011, modificó a partir del 1-1-2013 el art. 140.4 LGSS, y si bien anteriormente se establecía que “dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de

dieciocho años»; ahora se establecen reglas diferentes, a saber: Las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades, con el 50 por 100 de esa misma base.

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 anteriormente, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización relativa al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

Cabe también reseñar las novedades interpretativas en la integración de lagunas de trabajadores a tiempo parcial. La STC de 25 de septiembre de 2014 ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Pleno del TS en relación con la forma de integrar las lagunas de cotización en la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes y jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. El Pleno del TS había elevado una cuestión de inconstitucionalidad centrada en el párrafo b), regla tercera, núm. 1 de la DA 7ª de la LGSS. El caso de autos partía de un supuesto de un trabajador que había desarrollado mayoritariamente trabajos a tiempo completo y sólo unos pocos días a tiempo parcial (según figuraba en los hechos probados de un total de 8.865 días de trabajo, únicamente 37 eran a tiempo parcial¹⁶⁴). Sin embargo, el trabajo a tiempo parcial era el inmediatamente anterior a la laguna de cotización, lo que motivaba que conforme a la antedicha regla, la laguna se integró aplicando a la cuantía de la base mínima de cotización existente el porcentaje de jornada de trabajo realizada a tiempo parcial. El Pleno del TS había considerado que esta regulación podía ser inconstitucional sobre la base de dos motivos. En primer lugar, por suponer un trato peyorativo y arbitrario entre los trabajadores que han desarrollado una buena parte de su trabajo a tiempo completo y solamente otra de trabajo a tiempo parcial, puesto que los mismos verían minorada la cuantía de la pensión, respecto a los que inmediatamente antes de un vacío de cotización no estuviesen trabajando a tiempo completo, o incluso no hubiesen trabajado, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo. Con lo que la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial. Y, en segundo lugar, que ello rompería el principio de contributividad y proporcionalidad al poderse cobrar una pensión diferente según dónde se situasen los períodos de trabajo a tiempo parcial, puesto que saldrían beneficiados los trabajadores que antes de la laguna hubiesen trabajado a tiempo completo (aunque tuvieran largos períodos de trabajo a tiempo parcial), frente a los que como en el supuesto enjuiciado tuviesen largos períodos de trabajo a tiempo completo y ocasionales períodos de trabajo a tiempo parcial. El TS además de la posible arbitrariedad y la contradicción del principio de igualdad derivada de que situaciones semejantes pudieran dar lugar a cuantías de

¹⁶⁴ Vid. STSJ de Andalucía de 2-3-2011, rec. 2295/2010.

prestación diferentes, también adujo la posible discriminación indirecta de las mujeres, al situar a las mujeres en una posición de desventaja en la cuantía de sus pensiones.

La STC razona la constitucionalidad de la norma de integración sobre la base del clásico argumento de que entra dentro del margen que tiene el legislador para configurar prestaciones del sistema. Y considera que la regulación de integración de lagunas de cotización con las bases proporcionales al momento de cesar en la obligación, sería coherente con la aplicación de principios contributivos y de proporcionalidad, ligados a la modalidad del trabajo desarrollado y a la forma de cotización existente con anterioridad. Sin embargo, no deja de apuntarse por el TC que pudieran existir otras fórmulas más adecuadas, ligadas al reconocimiento del carácter asistencial o no contributivo de la ficción de rellenar la base de cotización, pero que dicha opción correspondería al legislador.

También se rechaza por el TC que la regulación suponga una discriminación por razón de género, sobre la base de que la demanda que da origen a todo el proceso correspondía a un trabajador varón. El voto particular del magistrado Xiol Ríos, rechazó entre otras cuestiones, la elusión de pronunciarse sobre esta cuestión. Y es que por la doctrina científica se ha aventurado si la respuesta del TC habría sido diferente de haber sido una mujer la demandante conforme a la Directiva 79/7/CEE, del Consejo de 19 de diciembre de 1978, Seguridad Social, la STJUE de 22-12-2012, asunto C-385/11 y el precedente de la mencionada disposición adicional séptima de la LGSS, que fue declarada inconstitucional por, entre otras, la STC 61/2013, de 14 de marzo, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación indirecta por razón de sexo¹⁶⁵.

En todo caso, en mi opinión resultaban más acertadas las argumentaciones del TS que habría destacado, entre otros argumentos que la lógicamente puramente proporcional podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuera una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo, pero si no lo es, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque no sólo verá excluida la integración de lagunas durante su vigencia, sino que en el futuro se producirá una reducción de la integración al tomarse como referencia las bases mínimas parciales.

En fin, en relación al cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente (con la exclusión de la derivada de contingencia profesional o de accidente no laboral, o la IP por enfermedad común de mayores de 65 años), debe completarse en atención a los años de cotización del beneficiario, mediante la aplicación del porcentaje que resulte de la escala para+ la pensión de jubilación se contiene en el art. 163 LGSS. A estos efectos, debe resaltarse que la jurisprudencia ha excluido del cómputo de los

¹⁶⁵ En esencia, consideraría el TC que la diferencia de trato de exigir períodos de cotización más largos en los contratos a tiempo parcial para causar la pensión de jubilación y otras prestaciones no guardaba una justificación razonable, ni quedaba paliada por la regla correctora introducida en la letra b). Y señalaría también que el principio de contributividad del sistema podría justificar que las cotizaciones ingresadas impactaran en la cuantía de la prestación, pero no introducir diferencias en los períodos de carencia para acceder a las prestaciones respecto a los trabajadores a tiempo completo.

«años cotizados» a efectos de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización, el cómputo de los días cuota¹⁶⁶.

4.- Compatibilidad e incompatibilidad con otras prestaciones de Seguridad Social: criterios judicializados en relación con la “pluriactividad sucesiva”

No hay grandes novedades en este terreno. Es verdad que la Ley 27/2011, modificó el art. 141.1 LGSS primer párrafo estableciendo una acotación en relación con la compatibilidad entre una IPT y un trabajo. La acotación era que esta compatibilidad era posible “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. La doctrina científica había especulado si el cambio normativo supondría un replanteamiento de la posición jurisprudencial bastante flexible en relación con las compatibilidades, que había exigido que la profesión del trabajador fuera distinta de aquélla para la que fue declarado en IPT, sin entrar a verificar si las secuelas le inhabilitarían para las tareas básicas de la nueva profesión (Sempere, 2012: 2). Empero, de la lectura de las sentencias posteriores, hasta donde alcanzo, arroja el resultado de que no parece que la acotación haya introducido cambios sustanciales en esta materia.

Y es que en la práctica, los problemas no se han focalizado tanto en el puesto de trabajo compatibilizado con la pensión, sino en el acceso a nuevas pensiones de incapacidad permanente como consecuencia del desarrollo de un trabajo productivo posterior a la declaración de incapacidad permanente. En esta materia, ha de estarse al principio general de incompatibilidad dentro del mismo régimen previsto en el art. 122 LGSS, que impide percibir más de una pensión de incapacidad permanente (aunque deriven de contingencias distintas y por diferentes profesiones). Tampoco cabe la compatibilidad de una prestación de incapacidad permanente o de jubilación. Esta regla general ha sufrido matizaciones. Una primera muy específica, es la admisión de la jubilación parcial y la incapacidad permanente total¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 28 de enero de 2013, rcud. 814/2012. ROJ: STS 742/2013, y de 28 de enero de 2013, rcud. 815/2012. ROJ: STS 820/2013, y de 17 de abril de 2013, rcud. 2357/2012, ROJ: STS2152/2013, entre otras. El Tribunal Supremo descartaría la interpretación que sostendría que como se había eliminado su consideración a los efectos de la base reguladora de jubilación por la Ley 40/2007, sus efectos se ceñirían a esta prestación y no a la incapacidad permanente. Considera el TS que la construcción jurisprudencial de los días cuota sólo cabía para la determinación del período de carencia mínima necesaria, no para la base reguladora de la pensión, ni en jubilación, ni en incapacidad permanente. En consecuencia, los días cuota se computarán exclusivamente a los fines de completar el período de incapacidad permanente por enfermedad común, pero no para mejorar la base reguladora.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 28 de octubre de 2014, rcud. 1600/2013. ROJ: STS 5785/2014. Esta sentencia admite la compatibilidad cuando la jubilación parcial se causa en un trabajo diferente al que dio lugar a la IPT, y aquí reside la novedad del pronunciamiento, aunque se computen las cotizaciones para el acceso a la jubilación parcial teniendo en cuenta los períodos de cotización anteriores a la declaración de IPT. La sentencia establece que a partir de la fecha en que el

Ahora bien, con carácter más general, ello se excluye en los supuestos de pluriactividad, donde se ejerce más de una actividad y se cotiza independientemente en diferentes regímenes. En este caso, la regla general es la contraria, esto es, la de la compatibilidad de pensiones entre los distintos regímenes de la seguridad social, salvo que exista una norma que lo prohíba.

Pero los mayores problemas se han centrado en la llamada impropriamente pluriactividad sucesiva¹⁶⁸, es decir, la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente cuando ha existido una sucesión de actividades laborales que han dado lugar a la inclusión en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social. Y, dentro de estas situaciones, las complicaciones interpretativas se centrarían en el reconocimiento de dos pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En este sentido, es muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 14 de julio de 2014, rcud. 3038/2013. *ROJ STS 3412/2014*, porque matiza o delimita la doctrina que había fijado el propio Tribunal Supremo en la STS de 5 de julio de 2010, rcud. 3367/2009, y prescinde de que en la segunda incapacidad permanente se tengan en cuenta dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente en otro régimen. En la misma se analiza un supuesto de un trabajador al que se le reconoció inicialmente por el Instituto Social de la Marina una IPT como consecuencia de un accidente de trabajo como marinero en 1975 por lesiones en la pelvis, lumbares y una hernia discal. Posteriormente trabajó como carpintero en el Régimen General, siéndole reconocida una IPA. El trabajador solicitó la revisión por agravación de la IPT en el Régimen del Mar, siéndole reconocido el derecho en instancia y desestimándole la revisión en suplicación.

Se argumentaba en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1, de 13 de septiembre de 2013, rollo 1237/2013. *ROJ: STSJ AS 2799/2013*, que "basta la simple comparación del cuadro clínico que fue valorado para el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta en el Régimen General con el que es objeto de valoración en el presente procedimiento, para comprobar que las lesiones son las mismas, por lo que habiendo sido ya calificado el estado del actor como constitutivo de incapacidad permanente absoluta permanente absoluta, carece de amparo legal alguno la pretensión de volver a calificarlo y percibir dos prestaciones por idéntica situación y estado patológico". Como sentencia de contraste se aportó una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1, de Aragón de 22 de febrero de 2012, rollo 19/2012. *ROJ: STSJ AR 123/2012*, en la que se había declarado la compatibilidad de una pensión de IPA en el RETA y una de IPA en

pensionista acceda a la jubilación ordinaria, las dos pensiones resultarán incompatibles, debiendo el interesado optar.

¹⁶⁸ El TS en sentencia de 11 de mayo de 2010, rcud. 3640/2009, *ROJ: STS 3215/2010*, ha señalado que en estos casos "no nos hallamos ante un supuesto de pluriactividad puesto que no hay simultaneidad sino sucesión en las actividades laborales que dan lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social. Por lo tanto, no es aplicable el art. 138.4 de la LGSS ni el art. 6 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, que regulan la pluriactividad, exigiendo, para poder causar dos pensiones, una en cada régimen, que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan al menos durante quince años".

el RGSS. Se trataba de un taxista con dolencias cardíacas al que inicialmente se le reconoció una IPT para su profesión como trabajador por cuenta propia, y luego desarrolló actividades en el RGSS, como encargado de parking, reconociéndole una IPA, instando la revisión por agravación de la primera IPT reconocida en el RETA. El tribunal argumentó que al haberse producido una agravación del estado invalidante, no podía realizar ninguna profesión u oficio, por lo que era forzoso reconocer también esta calificación en el RETA. Un segundo argumento de esta tesis es la alegación de que el legislador no había prohibido expresamente la percepción de dos pensiones de IPA en diferentes regímenes de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo considera correcta esta última posición y declara compatible la IPA en el Régimen General, con otra IPA del Régimen Especial de Trabajadores del mar, reconocida por agravación de la IPT, con independencia de que para la agravación se hubieren valorado las mismas dolencias que sirvieron para reconocer el grado de incapacidad absoluta en aquel otro régimen. Para ello, el Alto Tribunal utiliza una batería de argumentos:

- a) Que el art. 122 de la LGSS no prohíbe la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes, sino únicamente dentro del propio Régimen General. Con ello, se desestima la posición del INSS que pretendía aplicar este precepto sin diferenciar con la situación donde se producían dos actividades dentro del régimen general. El Tribunal Supremo, citando doctrina anterior, señalará que “el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema”.
- b) Que cabe el reconocimiento de dos pensiones de incapacidad permanente distintas si el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos, entre ellos, la existencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes para cada una de ellas. En definitiva, que el pensionista de incapacidad permanente ha continuado trabajando y cotizando. Este elemento es considerado esencial para distinguir el supuesto del analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de julio de 2010, rcud. 3367/2009. *ROJ: STS 5999/2010* (ponente Aurelio Desdentado). Empero, si uno analiza el pronunciamiento del 2010, el elemento de la falta de cotizaciones no es la *ratio decidendi* de la sentencia, sino la consideración de que procedía hacer una valoración global del conjunto de lesiones del inválido. En dicha sentencia, se desestimó la pretensión de reconocer una incapacidad permanente absoluta en el RGSS y una total en RETA. Se trataba de un transportista al que se le reconoció en 2004 una IPT en el RETA por una miopía degenerativa, especialmente acusada en el ojo derecho, y trabajando después como comercial en el RGSS, sufrió un accidente de trabajo por estallido del globo ocular izquierdo, quedando prácticamente ciego. El TS confirma la tesis de que lo que se había producido es un supuesto de revisión de grado, en el que las lesiones anteriores se habían transformado dando lugar a una nueva pensión, que por tanto, desplazaría o sustituiría al anterior. Esto es, que procedía una integración del cuadro lesivo inicial, entendiéndose que con la IPA ya quedaba valorada el conjunto de las

lesiones. De este modo, no se reconoció la compatibilidad de una IPT en el RETA con una IPA en el RGSS. El Tribunal tomó en consideración especialmente el carácter no independiente de las lesiones y al hecho de que la doctrina del TS venía siendo que, a efectos de la incapacidad permanente absoluta, debían valorarse todas las lesiones que confluyeran en el trabajador, con independencia de que derivaran de una enfermedad común o de un accidente laboral.

Frente a esta tesis, la sostenida por la más reciente jurisprudencia del TS es que cabe una declaración de incapacidad permanente absoluta que resulte autónoma con respecto al anterior proceso de incapacidad permanente. La doctrina es curiosa y afecta al concepto de incapacidad permanente absoluta, que parte de una consideración unitaria del estado del inválido, porque en este caso el reconocimiento de IP por distintos regímenes, permitiría no considerar integrada en una IPA la situación completa y global del incapacitado, sino valorar de forma independiente las dolencias en que se basó el reconocimiento del anterior grado de invalidez.

Ciertamente, podría despejarse la paradoja distinguiendo entre situaciones donde se produce un concurso de lesiones (tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de julio de 2010, rcud. 3367/2009. *ROJ: STS 5999/2010*), de las de un concurso de incapacidades derivadas de patologías independientes. Sin embargo, ello no es así, por cuanto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 14 de julio de 2014, rcud. 3038/2013. *ROJ: STS 3412/2014*, reconoce la compatibilidad de las pensiones de IP causadas en distintos regímenes de Seguridad Social, por devengarse por cotizaciones en actividades laborales sucesivas no simultáneas, que dan lugar al alta en dos regímenes diferentes que son suficientes en cada uno de ellos para lucrar la pensión “y con independencia de que se tengan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente ya declarada en otro Régimen” (FJ. 3ª).

VIII.- VIUDEDAD Y ORFANDAD

Los especialistas han venido criticando que la protección de estas prestaciones, especialmente en materia de viudedad de mediar matrimonio, han perdido su sentido originario de atender una situación de necesidad, y en muchos casos, compensan la falta o minoración de ingresos derivados de la muerte del causante (STC 184/1990, de 15 de noviembre), haciendo abstracción de la situación laboral y familiar del beneficiario y de su edad. En todo caso, la gran reforma de estas prestaciones se produjo con la Ley

40/2007, de 4 de diciembre, que sólo abordó de forma tangencial estas cuestiones¹⁶⁹, y en este terreno, no se han producido cambios normativos sustanciales, por lo que el análisis cabe proyectarlo sobre la intensa interpretación jurisprudencial. La misma se ha centrado, en buena medida, en punto a la pensión de viudedad en la perfilación del concepto de pareja de hecho y en la exigencia de requisitos como las pensiones compensatorias, en casos de separación o divorcio.

1.- Criterios jurisprudenciales en relación con el acceso de las uniones de hecho a la pensión de viudedad

La ley 40/2007, de 4 de diciembre, reconoció por primera vez el acceso del conviviente supérstite de una pareja de hecho estable, a la pensión de viudedad, acabando con la tradicional exclusión de este colectivo en el acceso a las pensiones de viudedad. No obstante, se estableció un régimen excepcional que permitía el reconocimiento de la pensión de viudedad si el hecho se había producido con anterioridad a su entrada en vigor (1-1-2008), si bien condicionado a determinados requisitos establecidos en la DA 3^a¹⁷⁰. El requisito c) de la mencionada DA, de haber tenidos hijos en común, se ha anulado por la STC 41/2013, de 14 de febrero¹⁷¹, por considerar que comportaba un trato desfavorable por causa de orientación sexual prohibido por el art. 14 de la CE e imponía una diferencia de trato no justificada y de imposible cumplimiento por razones biológicas (en parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como por parejas de hecho de distinto sexo por causas de infertilidad) o jurídicas (dado que la posibilidad de adopción por parejas de hecho ha

¹⁶⁹ El Acuerdo de 13 de julio de 2006 abogaba por recuperar el carácter de renta de sustitución para la pensión de viudedad, aunque en la DA 25^a de la Ley 40/2007 el gobierno adquiriría el compromiso de elaborar un estudio, para siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, realizar una reforma integral de dicha pensión. Cuestión que no se ha abordado en las sucesivas reformas, entre ellas, singularmente en la Ley 27/2011.

¹⁷⁰ Dichos requisitos son: a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 LGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste. c) Que el beneficiario y el causante hubieran tenido hijos comunes. d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

¹⁷¹ Confirmada por la STC 188/2014, de 17 de noviembre.

estado vetada hasta tiempos recientes)¹⁷². Esta anulación tiene particulares efectos desde el punto de vista intertemporal¹⁷³.

Las condiciones para generar el derecho a la pensión en las uniones de hecho en la vigente LGSS se contienen en el art. 174.3 LGSS, que es una norma de literalidad compleja, que ha dado lugar a una amplia intervención del TC y del TS. A estos efectos, se entiende por pareja de hecho «la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años¹⁷⁴» (art. 174.3 LGSS, primer inciso de párrafo cuarto). Hace falta, pues, que no existan causas impeditivas para la convivencia *more uxorio* y que tal convivencia quede formalmente acreditada, ya sea mediante el citado empadronamiento, ya sea, como interpreta la jurisprudencia, mediante otros medios de prueba admitidos en derecho, particularmente documental¹⁷⁵.

Así, en primer lugar, la voluntad de la ley es limitar la atribución a determinadas parejas de hecho regularizadas. Primero se requiere, un requisito subjetivo para los miembros de la pareja, que no se hallen impedidos para contraer matrimonio y no tengan vínculo matrimonial con otra persona¹⁷⁶. Segundo, se exige un requisito formal, de acreditación de la pareja de hecho. En concreto, se exige la inscripción en el registro específico o la formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento. Y, en tercer lugar, un requisito de convivencia

¹⁷² La sentencia mereció un voto particular, donde se defendía la constitucionalidad del requisito de tener hijos en común. Con independencia de compartir o no la tesis, interesa destacar que al desaparecer el requisito, bastará acreditar una convivencia ininterrumpida mediante el correspondiente certificado de empadronamiento durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento del causante, lo que paradójicamente haría más sencillo el acceso a la pensión por la vía excepcional, que por la vía general.

¹⁷³ La propia sentencia precisa que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto no permite que puedan reclamar dicha pensión quienes no la solicitaron en el plazo de doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, por no cumplir el requisito de hijos comunes, ni permite revisar procesos cerrados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de este requisito. Según la STC 44/2014, de 7 de abril, el requisito de que los integrantes de la pareja “no tengan vínculo matrimonial con otra persona” tiene una justificación objetiva y razonable, y por consiguiente, no resulta discriminatorio en tanto proporciona seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y coordina internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión.

¹⁷⁴ STC 45/2014, de 7 de abril, que entiende que no es inconstitucional esta exigencia de constitución formal de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante, ya que tiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 20 de julio de 2010, rcud. 3715/2009. ROJ: STS 4795/2010.

¹⁷⁶ El requisito de no tener vínculo conyugal con otra persona es suficiente que concurra en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, no durante los cinco años de convivencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 24 de octubre de 2012, rcud. 83/2012. ROJ: STS 7240/2012).

ininterrumpida no inferior a cinco años antes del fallecimiento. Se requiere pues, la acreditación de una convivencia mutua, estable y notoria. Además otro requisito adicional al de la convivencia estable durante al menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, es la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo la norma con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento, la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución en documento público (como puede ser su formalización ante Notario)¹⁷⁷. A estos efectos, no puede considerarse válido el Libro de Familia ya que sólo acredita la filiación, pero en absoluto, la existencia de una relación de hecho de una pareja¹⁷⁸.

En cuanto al requisito de antelación mínima de dos años, se establece con la evidente finalidad de que la pareja no se constituya exclusivamente para dar paso a la pensión. En punto a la exigencia de constitución como pareja de hecho, el tribunal constitucional ha entendido que no resulta inconstitucional que se deba acreditar la existencia de la pareja de hecho por certificación registral o documento público en el que conste su constitución¹⁷⁹. Ahora bien, sí se ha declarado la nulidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, que disponía que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, tanto “la consideración” de pareja de hecho como “su acreditación” se llevaría a cabo “conforme a lo que establezca la legislación específica”¹⁸⁰. En consecuencia, la definición legal de pareja de hecho y su acreditación formal se someten a reglas comunes para todo el territorio nacional, que son exclusivamente las fijadas en el art. 174.3 LGSS.

Se exige finalmente, que cumplidos los requisitos de alta y cotización del art. 174.1, las parejas de hecho acrediten que “sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad”. No obstante, se indica que también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo

¹⁷⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 28 de diciembre de 2011, rcud. 286/2011. *ROJ: 8809/2011*, y de 20 de mayo de 2014, rcud. 1738/2013. *ROJ: STS 2775/2014*.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 18 de julio de 2012, rcud. 3971/2011. *ROJ: STS 5863/2012*.

¹⁷⁹ SSTC 51/2014, de 7 de abril y 60/2014, de 5 de mayo, consideran que ello no es un requisito exorbitante pues ello tiene la finalidad legítima de constatar a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, que otorgue seguridad jurídica y evite el fraude a la seguridad social, el compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección.

¹⁸⁰ STC 40/2014, de 11 de marzo, que ha declarado la nulidad de dicho párrafo, por vulneración del principio de igualdad en relación con el régimen de distribución de competencias en materia de seguridad social (art. 149.1.17 CE) en tanto establece un trato diferenciado sin justificación objetiva y razonable en función de lugar de residencia, al permitir que en las comunidades autónomas con derecho civil propio la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevara a cabo conforme a su legislación específica. La declaración tiene efectos pro futuro y no afecta a las situaciones administrativas firmes.

interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente¹⁸¹.

Este último grupo de requisitos se relaciona con la restricción de la concesión de la pensión de viudedad a los convivientes de hecho que demuestren un determinado nivel de dependencia económica de su pareja.

2.- El requisito del vínculo conyugal

Aunque se reconoce la posibilidad de causar una pensión de viudedad a determinadas uniones de hecho que reúnan los requisitos de dependencia económica, formalización y convivencia, existe aún un acceso privilegiado a la pensión de viudedad cuando ha existido vínculo matrimonial. En consecuencia, siguen planteándose litigios relacionadas con la exigencia de vínculo matrimonial como requisito de acceso a la pensión, que pueden agruparse alrededor de tres cuestiones: a) La exigencia de una determinada convivencia o la existencia de hijos en común. b) El matrimonio homosexual y c) Los problemas de eficacia del vínculo matrimonial. Sobre estas cuestiones existe jurisprudencia de la Sala IV del TS y del TC.

a.- En relación con la primera cuestión, el art. 174.1.3 LGSS centrándose en los supuestos de fallecimiento del causante derivado de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, requiere un período previo de un año de matrimonio o alternativamente, la existencia de hijos comunes. Esta exigencia de que el vínculo matrimonial hubiera tenido una duración de un año, se estima si en la fecha de celebración del matrimonio se acredita un período de convivencia con el causante que sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

b.- En cuanto al matrimonio homosexual, éste se reconoció en nuestro país por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica en Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Boletín Oficial del Estado núm. 157*, 2 de julio de 2005. Los problemas se han centrado en los casos de fallecimiento de la pareja del mismo sexo con la que se convivía *more uxorio* antes de la fecha de entrada en vigor de la mencionada ley. Sin embargo, existe un cuerpo de pronunciamientos del TC que se han ocupado de la denegación de la pensión de viudedad a parejas estables homosexuales en hechos acaecidos antes de la Ley 40/2007 (SSTC 116/2014, de 8 de julio, 124/2014,

¹⁸¹ La Ley considera ingresos los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

de 21 de julio, y 157/2014, de 6 de octubre). En ellas el TC no ha considerado inconstitucional la denegación de la pensión de viudedad a una pareja supérstite de homosexual por no concurrir vínculo matrimonial, cuando no existía posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. El TC considera que no se vulneró el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación puesto que en la legislación vigente en el expediente de viudedad, se exigía el requisito de ser cónyuge supérstite, en ese momento, y entraría dentro del margen de apreciación del legislador la configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social, otorgando un trato privilegiado a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual.

c.- Para que el matrimonio sea eficaz es preciso que se haya celebrado de forma civil o religiosa, pero en este último caso, conforme a alguna de las religiones con las que el Estado español mantiene acuerdos (católica, evangélica, israelita o islámica), por lo que carecen de efectos civiles otras formas religiosas o culturales¹⁸². Si se había celebrado el matrimonio en alguna de las formas religiosas a las que el Estado atribuye efectos civiles, la falta de inscripción registral se decía que no implica la inexistencia de vínculo válido, por carecer de efecto constitutivo¹⁸³. Sin embargo, ello ha de matizarse en el caso de un matrimonio celebrado por el rito islámico, donde además de faltar la inscripción registral, no se cumplían los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez¹⁸⁴.

Un tema polémico es el de los efectos de los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero –ya que en nuestro país el matrimonio bígamo no tiene validez-. Existen pronunciamientos que parten de la legalidad del vínculo por aplicación de la ley personal de los esposos en su país de origen y estiman que de existir varios matrimonios legales simultáneamente, la pensión de viudedad debe dividirse a partes iguales entre los cónyuges supervivientes¹⁸⁵. Otros pronunciamientos, consideran el segundo matrimonio como nulo, pero atendiendo a la interpretación de que la segunda cónyuge lo era de buena fe, y aplican la regla de otorgar la pensión en proporción al porcentaje de

¹⁸² La STEDH de 8 de diciembre de 2009 (caso Muñoz Díaz contra España) consideró que la decisión de excluir una unión celebrada por el rito gitano constituía una diferencia de trato en relación con el trato dispensado en situaciones equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio que en realidad era nulo o la situación de un matrimonio canónico no inscrito por razones de conciencia. El TEDH tomó en consideración la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por parte de las autoridades, que engendró en la interesada la legítima expectativa a efectos de la pensión de viudedad.

¹⁸³ STC 199/2004, de 15 de noviembre.

¹⁸⁴ STC 194/2014, de 1 de diciembre. En el caso no existió un previo expediente matrimonial destinado a acreditar la capacidad matrimonial de los contrayentes, ni tampoco posteriormente se acreditó la misma, sino que se denegó por instarse fuera de plazo.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, Sección 1, de 30 de enero de 2003, rec. 934/2002. ROJ: STS AND 1516/2003, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección 1, de 30 de octubre de 2013, rec. 1701/2011. ROJ: STSJ ICAN 3704/2013.

convivencia análoga a la de los supuestos de separación o divorcio¹⁸⁶. En cambio, otros pronunciamientos interpretan estrictamente la excepción de orden público (art. 12.3 C.c.) y declaran nulos a efectos de la ley española el segundo matrimonio, con los consiguientes efectos en la pensión de viudedad¹⁸⁷.

3.- Requisitos generales

En punto a los requisitos generales, se exige como para los trabajadores en activo, que estuviesen en alta o en situación asimilada al alta y tener un período mínimo de cotización de 500 días dentro de un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Este requisito de cotización previa ha sido suprimido para las prestaciones de orfandad y de auxilio por defunción, si al fallecer el causante se encuentra en situación de alta o asimilada. También para el resto de prestaciones si la muerte deriva de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional.

No hay particulares novedades en relación con el período de cotización¹⁸⁸. En cuanto a las situaciones asimiladas al alta, conviene recordar que a efectos de protección por muerte y supervivencia, ha de estarse al listado previsto en el art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado núm. 50*, 27 de febrero de 1996, y en el art. 125 de la LGSS. Una de las primeras situaciones asimiladas al alta es la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario, una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo. Pues bien, en relación con este requisito, el TS ha reputado que está en situación asimilada al alta el causante que al tiempo del fallecimiento era perceptor de la llamada renta activa de inserción (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de mayo de 2014, rcud. 2678/2013. *ROJ: STS 2144/2014*). El Tribunal apoya esta consideración

¹⁸⁶ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, de 26 de diciembre de 2003, rec. 5943/2003. *ROJ: STSJ M 17457/2003*, y de 31 de mayo de 2005, rec. 2344/2005. *ROJ: STSJ M 6517/2005*.

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1, de 30 de julio de 2003, rec. 2864/2002. *ROJ: STSJ CAT 9067/2003*, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1, de 6 de junio de 2005, rec. 1558/2005. *ROJ: STSJ CV 3739/2005*.

¹⁸⁸ Debe reseñarse únicamente que durante el ejercicio 2015, en la DA 90ª de la Ley 36/2014, se aplaza la aplicación de la DA 28ª de la Ley 27/2011, por la que se autoriza al Gobierno a presentar en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor un proyecto de ley que contemple el reconocimiento del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria como períodos de asimilación a la cotización, con el fin de compensar la interrupción de las carreras de cotización ocasionadas por esta circunstancia.

entre otros argumentos¹⁸⁹, en la exigencia –introducida por el RDL 20/2012-, de que el beneficiario de la renta activa de inserción figure inscrito como demandante de empleo, y asemejando de manera indirecta esta situación con la situación asimilada al alta de los parados involuntarios que continuaban desempleados tras agotar las prestaciones y subsidios de desempleo. El pronunciamiento es interesante puesto que la doctrina se proyecta no sólo para las prestaciones de muerte y supervivencia, sino para otras prestaciones.

Otro aspecto permanentemente reclamado ha sido la mejora de la cuantía de determinadas pensiones de viudedad. La Ley 27/2011 en la DA 30ª previó una mejora de las pensiones de viudedad para determinado colectivo de pensionistas, mejora consistente en situar el porcentaje aplicable a la base reguladora en un 60% (en contraposición con el vigente 52%) para pensionistas que tuviesen una edad igual o superior a los 65 años, no percibiesen otra pensión pública, ni ingresos por la realización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y siempre que los rendimientos o rentas percibidos por el pensionista no superen, en cómputo anual, el límite de ingresos que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad. Sin embargo, esta previsión ha venido siendo suspendida en su aplicación¹⁹⁰.

4.- La exigencia de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio

En la actual regulación, el art. 174.2 LGSS condiciona el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas a que sean acreedoras de una pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 C.c. Conviene repasar la doctrina jurisprudencial en la materia. Así, entre las sentencias interesantes más recientes, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 10 de noviembre de 2014, rcud. 80/2014. *ROJ: STS 5435/2014*, en relación con una viuda separada judicialmente beneficiaria de una pensión compensatoria establecida en un convenio regulador, cuando posteriormente se fijó un nuevo acuerdo de pensión compensatoria, sin que fuese aprobado este nuevo acuerdo por la autoridad judicial. El Tribunal si bien recoge la doctrina general sobre la inoponibilidad de pactos privados frente a terceros, y en este caso, el INSS, argumenta la validez excepcional de la pensión compensatoria fijada en acuerdo privado no fraudulento.

Otras sentencias han interpretado de forma amplia el concepto de pensión compensatoria a los efectos de ser beneficiarios de la pensión de viudedad en casos de

¹⁸⁹ En el caso de autos el causante padecía un cáncer de pulmón y el TS cita la doctrina jurisprudencial que ha considerado a los pensionistas de invalidez no contributiva en situación asimilada al alta (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 22 de enero de 2013, rcud. 1008/2012. *ROJ: STS 411/2013*).

¹⁹⁰ Vid. DA 29ª LPGE para el 2015.

separación o divorcio, no sólo la que con tal denominación se ha establecido en el convenio regulador o sentencia judicial sino también aquellos importes reconocidos con finalidad análoga. Por consiguiente, el TS apunta que se ha de determinar en cada supuesto concreto el carácter de una obligación asumida por el causante con independencia de la denominación atribuida a la pensión (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de enero de 2014, rcud. 743/2013. *ROJ: STS 978/2014*, en relación con una pensión llamada de alimentos de los hijos, cuando el único menor de la pareja no convivía con la viuda). El TS también admite que la ex cónyuge sea acreedora de la pensión compensatoria, sin que sea necesario que se perciba efectivamente en el momento del fallecimiento, ni se haya reclamado la misma (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 18 de septiembre de 2013, rcud. 2985/2012. *ROJ: STS 5927/2013*).

Se han introducido algunas correcciones en relación con la exigencia compensatoria. Así, en relación con el silencio de la Ley 40/2007 sobre los límites de la pensión de viudedad, que podía dar a entender que podía accederse al cien por cien de la misma, se ha corregido, estableciéndose que cuando la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuiría para alcanzar la cuantía de esta última. Otra corrección es la excepción a la exigencia de pensión compensatoria introducida en el art. 174.2 LGSS, que no rige para las mujeres víctimas de violencia de género.

5.- Derecho de acrecimiento en casos de orfandad absoluta de descendientes de uniones de hecho

En punto a la pensión de orfandad, se ha modificado el requisito de la edad para ser beneficiario de la pensión de orfandad, en línea con la recomendación 13ª del informe parlamentario sobre el Pacto de Toledo de 2011, que consideraba que el percibo de la pensión de orfandad debería extenderse hasta que la persona huérfana cumpla los 25 años, sin distinguir entre supuestos de orfandad simple (antes 22 años) o absoluta (antes 24 años). La Ley 27/2011 modificó el art. 175 estableciendo que se tiene derecho a la pensión de orfandad cuando el huérfano es menor de 21 años o estén incapacitados para el trabajo (incapacidad permanente absoluta o gran invalidez), con independencia de sus situación profesional, y en caso de que trabaje, aunque obtenga ingresos superiores al SMI. En los supuestos en que el huérfano no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o por cuenta propia o, cuando, realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el SMI, también en cómputo anual, se puede seguir siendo beneficiario de la pensión de orfandad siempre que en la fecha del fallecimiento del causante, áquel fuera menor de 25 años. Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión se mantendrá hasta el día primero del mes

inmediatamente siguiente a aquel en que dé comienzo el siguiente curso académico. Se estableció un régimen transitorio para la aplicación de esta medida en la DT 6ª.bis de la LGSS, a los efectos de aminorar su impacto de esta medida en el sistema de la Seguridad Social.

Un segundo foco de interés, en este caso jurisprudencial, es el derecho de acrecimiento de los huérfanos. Como es sabido, la cuantía de la pensión de orfandad será equivalente al 20 por 100 de la base reguladora del trabajador fallecido. Empero, esta cuantía puede ser incrementada en los casos de orfandad absoluta o en caso de huérfano de un sólo progenitor reconocido, en función de que exista o no algún beneficiario de la pensión de viudedad (art. 38.1 del Reglamento regulado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de la prestación económica del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a la mismas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312, 30 de diciembre de 1966, en la redacción dada por RD 296/2009, de 6 de marzo).

En consecuencia, el derecho a acrecer únicamente corresponde a quienes carecen de ambos progenitores, puesto que limita el derecho a los casos de “orfandad absoluta”. Ha de resaltarse que el derecho de acrecimiento ha venido sufriendo una evolución interpretativa. En primer lugar, el TS interpretó que el incremento de pensión correspondía únicamente en supuestos de orfandad absoluta (de padre y madre) y no en los casos de huérfanos de parejas extramatrimoniales, cuando el progenitor sobreviviente no tenía legalmente la condición de cónyuge¹⁹¹. Entre otros argumentos, esta interpretación jurisprudencial clásica pivotaba la conclusión en las siguientes ideas: En primer lugar, que la norma tenía como destinatarios a los huérfanos absolutos, que sufrían mayor menoscabo patrimonial que los simples, de modo que reconocer el derecho a los hijos extramatrimoniales de sobrevivir el otro progenitor, los haría de mejor condición, ya que en la filiación matrimonial el derecho sólo se produce cuando la orfandad es absoluta. En segundo lugar, que no teniendo el conviviente *more uxorio* derecho a la pensión de viudedad por muerte del causante, mal podía transmitirla para incrementar la pensión de orfandad, de modo que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho podría obtener indirectamente una pensión, por las facultades inherentes a la patria potestad, de representar y administrar los bienes de sus hijos.

Esta interpretación había venido siendo objeto de críticas desde diferentes perspectivas, por cuanto el distinto tratamiento de las uniones matrimoniales y las uniones de hecho, repercutía en los descendientes. Con posterioridad, estas críticas parecían plasmarse en la STC 154/2006, de 22 de mayo, que aunque referida a la interpretación jurisprudencial del incremento de la indemnización especial a tanto alzado, entendió que la referida interpretación conducía a una discriminación, por razón de filiación, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que la interpretación del TS, formalmente neutra, provocaba una discriminación indirecta de estos últimos. Como

¹⁹¹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 5 de abril de 1994, rcud. 2107/1993. ROJ: STS 14601/1994, y 15 de julio de 1994, rcud. 387/1994. ROJ: STS 14686/1994.

consecuencia de ello, la doctrina de la Sala de lo Social del TS corrigió su posición inicial y reconoció el incremento con independencia de que la falta de tal reconocimiento de la pensión de viudedad se debiera a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tuviera derecho a pensión por no haber sido cónyuge del causante¹⁹². El RD 296/2009, de 6 de marzo, reformó el art. 38 del Reglamento, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, con la voluntad declarada de reorientar el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o circunstancias análogas, se constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer. Con el cambio de redacción, el TS se ha pegado a la literalidad de la ley y ha vuelto al criterio estricto de exigir la orfandad absoluta para el derecho de acrecimiento de los huérfanos. De este modo, se ha denegado el derecho al hijo nacido de pareja de hecho no constituida en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS¹⁹³, por no acreditarse la situación de necesidad familiar y por entender en definitiva que la expresión orfandad "absoluta", que da derecho al incremento, hace referencia a la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género. Tampoco tiene la consideración de huérfano absoluto, aquel cuyo progenitor se haya divorciado o separado del causante sin derecho a pensión de viudedad, por no haber percibido pensión compensatoria¹⁹⁴.

Esta interpretación, empero que repercute sobre los descendientes, de las uniones de hecho continúa planteando dudas en la doctrina sobre su adecuación desde la perspectiva de igualdad de los hijos por razón de su filiación¹⁹⁵.

6.- Últimas reformas

Se han producido también modificaciones por la Ley 26/2015, de infancia y adolescencia, para perfilar las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia. En primer lugar, se establece como impedimento para ser beneficiario, el estar condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio. También se prevé la suspensión cautelar de la pensión mientras dure la revisión de oficio de la prestación por esta causa, o cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 9 de junio de 2008, rcud. 963/2007. ROJ: STS 4530/2008, y de 24 de septiembre de 2008, rcud. 36/2008. ROJ: STS 5525/2008.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 6 de febrero de 2014, rcud. 621/2013. ROJ: STS 1170/2014.

¹⁹⁴ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, de 29 de enero de 2014, rcud. 1122/2013. ROJ: STS 1383/2014, y rcud. 3119/2012. ROJ: STS 1176/2014.

¹⁹⁵ Entre otros, López, 2014.

investigado es responsable de un delito doloso de homicidio, siendo la víctima el sujeto causante de la prestación. En este caso, hasta que finalice el procedimiento penal o se determine la no culpabilidad del beneficiario. Para coordinar las modificaciones de la LGSS se establece un añadido en el listado de los supuestos en que las entidades gestoras podrán revisar de oficio actos declarativos de derechos contenidos en el art. 146.2 LRJS.

Por otra parte, las pensiones de orfandad y en favor de familiares se incrementarán conforme a lo previsto en la orfandad absoluta, cuando el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio no llegue a ser beneficiario de la pensión de viudedad, o la pérdida. La pensión de orfandad de los hijos menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, del condenado por sentencia firme por cometer un delito doloso de homicidio, causada por la víctima, no se abonará a la persona condenada. Ello se aplicará a los hechos causantes y hechos delictivos producidos a partir del 18 de agosto de 2015 (D.F. 14ª Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado* núm. 180, 29 de julio de 2015).

BIBLIOGRAFÍA

Barceló Fernández, J., “La crisis económica y las reformas en la pensión de jubilación”, en AA.VV. (J.I. García Ninet y P. Burriel Rodríguez-Diosdado), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*, Atelier, Obra Social La Caixa, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 661-704.

Barrios Baudor, G. (2011). Actualización del sistema de Seguridad Social (III): la reforma de la jubilación. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, (8).

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). “La sostenibilidad del estado de bienestar en el punto de mira: especial atención a la asistencia sanitaria”, en AA.VV. (J.I. García Ninet y P. Burriel Rodríguez-Diosdado), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*, Atelier, Obra Social La Caixa, Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 729-758.

Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Valdés Dal-Re, F. (2013). La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover un envejecimiento activo. *Relaciones Laborales*, (5).

Castro Argüelles, M.A. (2012). en AA.VV. Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora (1º). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, (10).

Comisión Europea (2010). *Libro verde en pos de un sistema de pensiones adecuados, sostenibles y seguros*, SEC. Recuperado en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1_ES_ACT_part1_v1.pdf

Fernández Orrico, F.J. (2014). "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (168).

Fernández Prats, C. (2014). "La incapacidad temporal", en Roqueta Buj, R. y Fernández Prats, C., *La incapacidad para trabajar*, La Ley, Madrid.

Ferrando García, F. (2014). "La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición", en AA.VV. (coord. B. García Romero y C. López Anierte), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ferreiro Lapatza, (1995). Derecho presupuestario y técnica legislativa. *Revista Española de Derecho Financiero*, (87), pp. 481 y ss.

Galiana Moreno, J.M. (2014). "Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España", en AA.VV. (coord. B. García Romero y C. López Anierte), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

García Ortega, J. (2013). "Reformas en materia de Seguridad Social", en AA.VV. (dir. C.L. Alfonso Mellado y G.E. Rodríguez Pastor), *Reforma laboral 2012* (Últimas reformas laborales y de Seguridad Social).

Godino Reyes, M. (2014). De empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas. *Información Laboral*, (7), pp. 21-52.

González Ortega, S. (2013). *La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico*, *Revista doctrinal de Aranzadi Social*, (1).

López Anierte, M.C. (2014). "Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad", en AA.VV. (coord. B. García Romero y C. López Anierte), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

López Gandía, J. (2015), "La reforma de la regulación de la prestación por cese de actividad en el RETA en la nueva Ley de Mutuas", en AA.VV. (Dir. R. Roqueta Buj), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Lex Nova, Thomson Reuters.

López Gandía, J. y Toscani Giménez, D. 2011. *Las claves de la reforma de la Seguridad Social. Análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*, El Derecho, Madrid,

López Terrada, E. (2014). Uniones de hecho y prestaciones por muerte y supervivencia: nuevos criterios jurisprudenciales. *Información Laboral*, (6).

López Garrido, D. (1993). Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. *REDC*, (38), pp. 13-48.

Quintero Lima, M. G. (2006). *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, La Ley- Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

Sempere Navarro, A.V.

(1982). El lugar del Decreto-Ley en el cuadro de fuentes jurídico-laborales (Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 238/1981). *Revista de Política Social*. (135), pp. 239-251.

(2012). en AA.VV. "Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora (1º)", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, (10).

Taléns Visconti, E.E. (2015). "Reflexiones en torno a los requisitos de acceso a la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos (tras la aprobación de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre)". *Revista de Derecho Social*, (68).

Tortuero Plaza, J.L. (2014). "La crisis económica y la reforma del sistema de pensiones: malos compañeros de viaje", en AA.VV. (J.I. García Ninet y P. Burriel Rodríguez-Diosdado), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*, Atelier, Obra Social La Caixa, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 627-660.

Trillo García, A.R. (2013). "El futuro de la Seguridad Social". VII Jornadas Valencianas de Relaciones Laborales, Colegio de Graduados Sociales de Valencia.

Vicente Merino, A.M., Calderón Milán, M.J. y Martínez Aguado, T., Muchos pierden y pocos ganan: efectos de la reforma legislativa sobre el poder adquisitivo del trabajador tras la jubilación, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 2012, núm. 18. Recuperado en http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1072361

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Trotta, (traducc. M. Gascón), Madrid.