

# **LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL TRAS LA LEY 27/2011 Y NORMAS POSTERIORES**

Por JUAN LOPEZ GANDIA, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Politécnica de Valencia

---

## **INDICE**

### **I.INTRODUCCION**

### **II, LA JUBILACION**

1.La reforma de la jubilación como eje central de la ley 27/2011

2.La edad ordinaria

3. Cálculo de la pensión

3.1. Base reguladora

3.2. Integración de lagunas

3.3. Porcentajes

4. Factor de sostenibilidad

5. Valoración

### **III. CARACTERES GENERALES DE OTRAS MODALIDADES DE JUBILACION**

### **IV.INCAPACIDAD PERMANENTE**

1. La incapacidad permanente y la compatibilidad con el trabajo

2. Las relaciones entre la incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad y el trabajo.

3. La edad de jubilación y la base reguladora de la IP total y absoluta por contingencias comunes.

4. Base reguladora e integración de lagunas

5. Lesiones permanentes no invalidantes

### **V. VIUDEDAD Y ORFANDAD**

1. VIUDEDAD

1. Porcentaje a aplicar a la base reguladora

3. Viudedad y pensión compensatoria

1. Reformulación de la pensión

II. ORFANDAD

VI. PERMISO DE PATERNIDAD

VII. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

VIII. COMPUTO DE PERIODOS DE FORMACION

IX. COMPUTO DE PERIODOS POR CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

1. Excedencias

2. Beneficios por cuidado de hijos

X. CONVENIOS ESPECIALES

1. El convenio especial en expedientes de regulación de empleo

2. Obligaciones empresariales en ciertas empresas en expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios.

3. Nuevas modalidades de convenios especiales

4. Nuevas reglas en cuanto a los plazos de estipulación del convenio especial

XI. COMPLEMENTOS A MINIMOS: LIMITES EN LA CUANTIA. FINANCIACION Y SEPARACION DE FUENTES

1. Límites en la cuantía

2. Financiación y separación de fuentes

XII. LA MODIFICACION DE LA DISP. AD. 8ª DE LA LGSS (NORMAS APLICABLES A LOS REGÍMENES ESPECIALES)

XIII. LA MODIFICACION DEL RETA

1. CONVERGENCIA Y ADECUACION DE LA COTIZACION EN EL RETA

1.1. Proceso de convergencia y nivel de cobertura

1.2. Adecuación de las bases de cotización

1.3. La adaptación de las bases

1.4. La cotización en el SETA

## 2. ACCION PROTECTORA

1. Extensión obligatoria de la protección frente a las contingencias profesionales
2. Autónomos y trabajo a tiempo parcial
3. La jubilación anticipada y la jubilación parcial
4. Integración de lagunas
5. Prestación de cese de actividad
6. Valoración de periodos de cotización por cuidado de hijos
7. Requisito de estar al corriente del pago de las cotizaciones

## 3. LA PARTICIPACION EN LOS ORGANOS DE SUPERVISION Y CONTROL DE LAS MUTUAS

## 4. LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

## 5. ENCUADRAMIENTO DE FAMILIARES

## XIV. LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL

1. De régimen especial a sistema especial en el régimen general

2. Sujetos incluidos

3. Modalidades de prestación de servicios

4. Actos de encuadramiento

5. Cotización

6. Acción protectora

6.1 Aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial

6.2 La integración de lagunas

6.3 Riesgos profesionales

6.4. Los requisitos de alta o situación asimilada al alta

6.5. Las diversas prestaciones

6.5.1 Incapacidad Temporal

6.5.2. Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

6.5.3. Incapacidad permanente

6.5.4. Jubilación

6.5.5. Desempleo

6.6 Entrada en vigor

XV. LA INTEGRACION EN EL REGIMEN GENERAL DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA (SETACA)

XVI. SOCIOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES LABORALES

XVII. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS Y COMPETENCIAS DE LAS CCAA

XVIII. CUIDADOS DE MENORES AFECTADOS DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE Y EBEP

XIX. OTROS TEMAS CONTEMPLADOS POR LA LEY 27/2011. ENTRADA EN VIGOR DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY 27/2011

XX. EL RDL 3/2012 Y LA SEGURIDAD SOCIAL

---

## **I. INTRODUCCION**

La Ley 27/2011 de 1 de agosto (Boe de 2 de agosto) sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social es resultado del Acuerdo social y económico del 2 de febrero de 2011, estipulado entre el gobierno y los interlocutores sociales, y claramente influenciado por la aprobación parlamentaria de enero de 2011 de la renovación del Pacto de Toledo. Se mueve, además, en las líneas trazadas por el Libro Verde de la Unión Europea de 7 de julio de 2010 en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados y sostenibles dentro de la Estrategia 2020. No obstante, ya antes en el documento del gobierno sobre revisión del Pacto de Toledo” de 29 de enero de 2010 que se remitió a la Comisión Parlamentaria ya se planteaba la medida.

El documento del gobierno sobre la reforma de la Seguridad Social de 29 de enero de 2010 vino, una vez más, a reabrir el debate sobre la viabilidad futura del sistema de pensiones español como ya ocurrió a mediados de los años noventa y sin que hayan variado apenas los términos de la cuestión. El documento se enmarcaba como propuesta a llevar al Parlamento para la revisión del pacto de Toledo, pero aparece en un contexto internacional difícil para España como consecuencia del déficit público derivado de la actual crisis económica y de su financiación. La adopción de duras medidas en el campo de las pensiones ha sido además utilizada como símbolo cara a los mercados internacionales. No obstante, hay que señalar que la OCDE, el Banco mundial y la

propia Comisión Europea vienen recordando a España desde hace años la necesidad de adoptar reformas profundas en nuestro “generoso” sistema de Seguridad Social.

El documento del gobierno, y más tarde el ASE, contienen propuestas continuistas en el proceso de reforma permanente de la Seguridad Social iniciado tras el pacto de Toledo en 1995 cuando está todavía reciente la reforma de 2007. Sin embargo, contemplan también propuestas de reforma de gran calado, que abordan ya un horizonte temporal no inmediato, sino el que se atisba a partir de 2027 hasta 2050 como consecuencia del nuevo panorama demográfico (esperanza de vida y relación de dependencia entre activos y pasivos) y que afecta evidentemente a las pensiones de jubilación.

Partiendo de los presupuestos o fundamentos ya trazados- y que no varían- desde el Pacto de Toledo la reforma se basa en una lógica fundamentalmente contributiva y sobre la misma traza los principios que menciona: sostenibilidad, equilibrio, respeto y defensa de los derechos de los pensionistas ya existentes, globalidad, transparencia, equidad, pacto generacional, gradualidad, mejora de la prestación social para situaciones prioritarias. También añade uno, al que convierte en un protagonista importante para abordar la sostenibilidad del sistema, “el papel reforzado para la previsión social complementaria”.

La lógica contributiva se explica por la separación de fuentes de financiación que se produce a partir del pacto de Toledo, de manera que en 2010 las prestaciones contributivas, entre ellas la jubilación, se financian en un 89’07% mediante cuotas, es decir, 107.376 millones de euros y en un 6’92% mediante impuestos. Teniendo en cuenta que todavía una parte importante de los complementos por mínimos se financia mediante cotizaciones. Los afiliados se reparten mayoritariamente entre un 76 % en septiembre de 2010 (13.38 millones) de Régimen general y aproximadamente un 16 % de autónomos, con 3’2 millones. El 8 % restante entre los demás regímenes especiales: 790.000 agrarios, 290.000 empleados de hogar, 66.472 en el del Mar y 6.587 en minería del carbón.

La tasa de dependencia entre activos y pensionistas en 1 de julio de 2010 es de 2’6, es decir, en los valores de 2005. Muy por encima de la existente en la crisis de principio de los 90, donde llegó a bajar hasta el 2’06 en 1996 e incluso no muy lejana de la de la época anterior a la crisis de 2008, pues se movía entre un 2’34 en 2001 y el 2’71 en 2007. No obstante, está en tendencia descendente amortiguada toda vía por los cotizantes perceptores de prestaciones por desempleo (2’2 millones).

El sistema español de Seguridad Social ha alcanzado una buena situación financiera en estos últimos años e incluso en la actual crisis económica gracias a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, aunque todavía sea baja en comparación con la media europea y con los objetivos de la Estrategia de Lisboa, y que debe mejorar en el futuro, la entrada en el país de los flujos migratorios de gran magnitud y sobre todos su regularización evitando que siguieran en la economía sumergida. Sin embargo, este factor no se tiene en cuenta a la hora de hacer previsiones de futuro, cuando va ser absolutamente necesario para suplir la caída de la natalidad y de este modo replantear la relación entre activos y pasivos y no hacerlo depender sólo del “determinismo demográfico”. Otro factor que ha contribuido a la viabilidad del sistema ha sido la disminución del paro juvenil- antes de la crisis- y la mejora de las bases mínimas de cotización consecuencia de la elevación del SMI y de la mejora de las bases mínimas en los distintos regímenes.

En este panorama empiezan a aparecer nubarrones a partir de la segunda década del siglo XXI por la aparición de los dos factores ya mencionados: el aumento del número de jubilaciones derivado del *baby boom* de los 60'-70' del siglo XX y la mejora de la esperanza de vida en España a causa del buen funcionamiento de nuestro sistema de salud y "de nuestro estilo de vida". No parece que sea explicación suficiente, sin tener en cuenta otros factores, como la caída de la mortalidad infantil, que hace que la media suba.

Pese a que resulta difícil y arriesgado hacer precisiones demográficas más allá de 10 o 15 años, se da por hecho que ello supondrá un aumento extraordinario del gasto social en pensiones y ahí es donde surgen los problemas de financiación. El "demografismo" acaba sustituyendo a lo que es más importante, la relación entre activos y pasivos. El documento dice que la Seguridad Social debe ser "financiable", pero actuando sólo sobre los gastos. Apenas menciona acciones de envergadura sobre los ingresos y sobre su forma de financiación, prevista incluso en el Pacto de Toledo.

En jubilación, por tanto, se abordan de reformas de presente para problemas de futuro de manera que los ciudadanos se vayan preparando para complementar unas pensiones públicas que en el futuro serán más reducidas.

Para abordar la futura situación de problemas de viabilidad y sostenibilidad del sistema actual de pensiones la reforma actual, que procede ya del documento de 2009, se centra en varias medidas: una de ellas, es la prolongación de la vida laboral, no ya prevalentemente mediante incentivos como se ha venido haciendo en estos últimos años, sino mediante un retraso obligatorio hasta los 67 años, tal como se va introduciendo en países de nuestro entorno como Alemania, Australia, Dinamarca, Reino Unido Noruega, Islandia, EEUU y Francia. En efecto, la medida de más impacto propuesta, es, sin duda, el retraso en la edad de jubilación a los 67 años de manera forzosa y generalizada, que se iniciaría a partir del 2013, de modo paulatino<sup>1</sup>.

Para los afiliados que quisieran mantener la edad anterior los costes serían a su cargo, probablemente mediante la aplicación de coeficientes reductores salvo que tengan carreras de cotización amplias. Se tiene cuenta para establecer excepciones a la citada edad de jubilación alargada la duración de las carreras y la realización de trabajos más dificultosos. La reforma parte del fracaso, por su escasa utilización, de las bonificaciones e incentivos en el retraso de la edad de jubilación, pero sin buscar nuevas

---

<sup>1</sup> Véase sobre las diversas reformas en Europa, de la edad, del cálculo de la pensión, bases reguladoras y tasas de sustitución FRADES PERNAS, J. "La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas" Labour asociados, consultoría social, laboral e internacional, s.l.l., diciembre 2007 (actualizados datos Eurostat a enero 2009), TORTUERO, J.L. (Coord.) "La reforma de la jubilación: política de pensiones y políticas de empleo" MTIN, Informe programa Fipros, 2010, CONDE RUIZ, J.I "Posibles reformas del sistema de pensiones en España: la experiencia europea", Informe Fipros, MTIN, 2008. FEDEA, "La reforma de las pensiones" febrero 2010 y Manifiesto de los 100 sobre la reforma de las pensiones, FEDEA, 7 de octubre de 2010 .En contra TORRES, J. y NAVARRO, V., "La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca" ATTAC n. 1 noviembre de 2010. Sobre este debate, LOPEZ GANDIA, J. "La reforma de las pensiones en España", EL Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n. 20, abril, 2011, p. 26-34. LOPEZ CUMBRE; L. "La reforma de la jubilación en países de nuestro entorno" CEMICAL Boletín n.37, mayo de 2011.

fórmulas que sean más atractivas para los trabajadores que el aumento porcentual de la pensión. De otra parte, se mantiene la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva.

No se han barajado, en cambio, como sí hacía el documento de 2009, otras medidas contributivas para hacer viable la pensión de jubilación, eje del sistema, como son incrementar el número de cotizantes que realizan carreras largas, incrementar las bases de cotización y disminuir la economía sumergida.

También la reforma afecta a la cuantía de la pensión al hacer depender más las prestaciones de las aportaciones, lo que ha llevado a la modificación de la forma de cálculo de la base reguladora y de los porcentajes, presentada como mejora de la “equidad” del sistema para los que pierdan el empleo a partir de los 50 años, cuando es una recorte de la cuantía de la pensión para la mayoría de los que se jubilen con tal cálculo. Se plantea hacer depender en un grado creciente las prestaciones de las cotizaciones efectivas realizadas e implícitamente, con el argumento de proteger a los que se jubilan con bajas cotizaciones, revisar la forma de cálculo de la base reguladora, aumentando el periodo de referencia de momento no a toda la vida laboral, sino pasando de 15 a 25 años.

Estas propuestas de reforma del sistema, si bien se mueven en la línea del Pacto de Toledo no lo hacen totalmente, pues la sostenibilidad y viabilidad del sistema se hace sobre bases meramente contributivas y, sobre todo, sobre la vertiente del gasto, siendo menos rotundas y más imprecisas las propuestas sobre los ingresos. No obstante, al menos en la ley 27/2011 se mencionan “alternativas de financiación” y hay referencias a la cuestión de los destopes de las bases de cotización, aunque ello llevaría también quizás a que los afectados exigieran también un destope de la pensión máxima, lo que incrementaría el gasto. El Pacto de Toledo no establece que la separación de fuentes lleve a unos compartimentos estancos entre cuotas y aportaciones estatales. Dice que la Seguridad Social contributiva se financiará “fundamentalmente” por cuotas, no únicamente. Valorar sólo desde el punto de vista contributivo la relación futura entre activos y pasivos presupone que se deja intacto el sistema de cotización mediante cotizaciones, cuando no se actúa de igual manera en relación con los servicios públicos que van ligados al envejecimiento (sanidad, dependencia), sobre la base de que su financiación es fiscal.

En cualquier caso la reforma apuesta claramente por el ahorro que se derivaría para la Seguridad Social del retraso generalizado, salvo en ciertos sectores, de la edad de jubilación, como mal menor y de la nueva forma de cálculo de la misma (base reguladora y porcentajes) como se observa en la Memoria Económica que acompañaba al proyecto de ley.

Las medidas propuestas por el Libro Verde que se mueven en la misma dirección y que han condicionado el ASE y la ley 27/2011 son:

- Objetivos globales de “adecuación” y “sostenibilidad” de la política de las pensiones en la UE. Disminuir la tasa de reemplazo (la cuantía) y evitar el aumento del gasto público futuro. Alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo y duración del trabajo y el tiempo y duración de la prestación.
- Retraso en la edad de jubilación.

- Nueva forma de cálculo de la pensión. De los mejores años a periodos más amplios o a toda la vida laboral. Ampliación del periodo a tomar en cuenta para el cálculo.
- Mecanismos de ajuste en relación con los cambios demográficos en reformas permanentes.

La respuesta del CES de 13-14 de octubre de 2010 (Confederación Europea de Sindicatos) fue la siguiente. Para la Comisión (Libro Verde), el primer reto al que se enfrentan los sistemas de pensiones es el envejecimiento de la población. Es, por supuesto, una realidad que hay que tener en cuenta, pero no debe ser exagerada, como muchos hacen, porque se puede prever (como lo prueba el hecho de que los Estados miembros no han esperado al Libro Verde para adaptar sus sistemas de pensiones) y se pueden aportar soluciones concertadas. Pero es conveniente señalar que la Comisión no hace una clara distinción entre la "tasa de dependencia demográfica" y la "tasa de dependencia económica". En realidad se refiere a la primera - haciendo caso omiso de la última - y se basa además en proyecciones a muy largo plazo (50 años) que no son fiables, ya que las cosas pueden cambiar mucho en este ámbito. Sin embargo, para los sistemas basados en una financiación por reparto ("Pay-As-You-Go"), sólo la "ratio económica" es determinante, a saber, el número de personas que están trabajando y por lo tanto los que financian, pero también el aumento de la productividad y la riqueza producida (PIB) que deben tener un impacto positivo en la calidad del empleo y los salarios. Esto significa, finalmente, que frente a este reto, es esencial centrarse en la batalla por "más y mejores empleos" y más ampliamente en el aumento de la tasa de empleo (que es sólo del 66% en la actualidad en varios países de la Unión Europea).

Es decir, que como respuesta a este planteamiento un tanto sesgado, la Comisión se inclina sin más por aumentar la edad legal de jubilación y así ampliar la vida laboral de los adultos mayores.

Tal formulación plantea varios tipos de preguntas. Por ejemplo, cuál es la conveniencia o qué significa hoy pretender extender la vida laboral de los trabajadores mayores, cuando al mismo tiempo, estos mismos trabajadores no tienen la oportunidad de permanecer en activo hasta la edad legal de jubilación porque las empresas los utilizan como variable de ajuste en sus plantillas. Como lo reconoce la propia Comisión, "menos del 50% de los ciudadanos sigue trabajando a la edad de 60 años", de ahí la necesidad de una política de empleo para todas las edades.

Querer retrasar la edad de jubilación en el contexto actual es equivalente a aplazar el problema sin resolverlo, es decir, transferirlo del problema de la financiación de las pensiones al del desempleo y su financiación. No es suficiente con declarar que "hay que trabajar más", tendría que haber empleo, lo que nos remite, por una parte, a la responsabilidad de los empleadores y ,por otra, a la responsabilidad de los Estados miembros, en particular en sus políticas de desarrollo y ordenación del territorio y de su aplicación.

Sin embargo, lo que llama la atención en estos debates es la tendencia a regresar a la responsabilidad individual, incluso culpando a los individuos, mientras que las causas y las soluciones se encuentran en otra parte y son, en cualquier caso, estructurales.

Pretender alargar de manera uniforme la duración de la actividad de los empleados mayores es ignorar el hecho de que, incluso hoy, algunos de ellos comenzaron su carrera muy jóvenes y, por tanto, han contribuido sobradamente a la financiación solidaria de los sistemas de protección social y, en particular, de pensiones. Es también pasar por alto otra realidad, a saber, que según el tipo y la penalidad del trabajo realizado durante la vida laboral, los trabajadores no son todos y todas iguales en términos de esperanza de vida a la edad de jubilación.

Querer prolongar la vida laboral de los trabajadores, significa que el empleo exista y que estos empleados sean capaces de ejercerlo. Esto nos lleva: en primer lugar, a las estrategias de desarrollo del empleo y, por tanto, a las inversiones realizadas por las empresas; en segundo lugar, a la inversión en formación a lo largo de toda la vida de los trabajadores para su adaptación a las evoluciones en las distintas profesiones o su conversión; pero también a sus condiciones de trabajo; y también a poner en marcha estrategias activas (formación, cualificación, garantía de ingresos) que favorezcan el retorno al trabajo de aquellas y aquellos que lo perdieron. Esta cuestión se refiere igualmente al desarrollo de una política de empleo audaz y concertada a nivel europeo. Por otra parte, centrarse en el "envejecimiento activo" y por lo tanto, sobre el empleo de las personas mayores como lo hace la Comisión, es pasar por alto la dramática situación actual del empleo juvenil. Las dificultades de entrada de los jóvenes a la vida activa son un fenómeno recurrente.

Contrariamente a lo que dice la Comisión, su entrada tardía no se debe solo a la prolongación de sus estudios (no todos realizan estudios largos), sino, ante todo, y sobre todo al hecho de que las empresas no les acogen, salvo para ofrecerles actividades precarias; contratos en prácticas, contratos de duración determinada, trabajo temporal o a tiempo parcial.

Una respuesta adecuada no puede reducirse simplemente a la propuesta de elevar la edad de jubilación legal, una opción que, si fuera generalizada, hoy sería inadecuada. Es necesario hacer coincidir la edad "efectiva" de salida del mercado de trabajo con la edad "legal" de jubilación. La CES rechaza firmemente toda recomendación destinada a introducir un mecanismo automático de aumento de la edad legal de jubilación o cualquier otra solución uniforme que se aplicase a todos los Estados miembros.

La CEOE se mostró contraria al retraso obligatorio de la edad de jubilación a los 67 años prefiriendo la vía incentivada ("Aportaciones de la CEOE al documento de revisión del pacto de Toledo" de 15 de septiembre de 2010).

El Manifiesto de los 100 para la reforma de las pensiones planteaba medidas en esta dirección, pero más radicales. Así, "Los tres principios fundamentales en los que se basa la propuesta son que las pensiones deben ser proporcionales a las cotizaciones realizadas; la edad de la jubilación debe ser flexible y adaptada a la esperanza de vida; y el sistema debe tener mecanismos automáticos de ajuste a los cambios demográficos y la situación económica". Estos expertos recomiendan que se adopten urgentemente algunas medidas coherentes con estos principios tales como ampliar el periodo de cálculo a toda la vida laboral y elevar gradualmente la edad legal de jubilación a los 67 años y ampliar a 40 años de cotización el tiempo necesario para recibir el 100% de la pensión". A su juicio, reducir la reforma a la elevación de la edad de jubilación a los 67 años es "insuficiente e injusto".

Algunas de estas propuestas y valoraciones han pasado a la ley 27/2011 cuya exposición de motivos es clara al respecto. Así, acepta el determinismo demográfico, por lo que el sistema de Seguridad Social tiene que seguir haciendo frente a importantes desafíos, afrontando a largo plazo las exigencias derivadas, entre otras, de las tendencias de evolución demográfica, a fin de garantizar la sostenibilidad financiera de aquél. El hecho incuestionablemente positivo de que la esperanza de vida aumente progresivamente en España, hasta haberse convertido en el segundo país del mundo con mayor pervivencia de la población, enfrenta también el reto de que, en el futuro, será necesario asumir el pago de más pensiones durante más tiempo a causa de dicho envejecimiento de la población.

La disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aún parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica.

Esta tendencia demográfica afecta a todas las generaciones, pero sobre todo a las más jóvenes, por el hecho de que serán estas generaciones jóvenes las que serán mayores de sesenta y cinco años durante más tiempo.

Sin embargo, según la exposición de motivos, no es sólo la tendencia demográfica el único factor que aconseja hacer las reformas que esta ley realiza en el sistema de pensiones. Resulta necesario reforzar la contributividad del sistema estableciendo una relación más adecuada entre el esfuerzo realizado en cotizaciones a lo largo de la vida laboral y las prestaciones contributivas a percibir.

El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral en dos sentidos: por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones.

Por otro lado, la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, por lo que en el ASE se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral. Así en 2010 la tasa de actividad entre 50 y 54 años es del 85'9 % (el 76'3 en hombres y el 56'9 en mujeres), mientras que entre 55 y 60 ya baja a 67'8 y 41'4 respectivamente y a los 60 es de un 40'8 y 23'7 respectivamente.

Esta situación no es solo propia de España, sino común al resto de los países de nuestro entorno. Los Consejos europeos de Lisboa, Estocolmo, Gotemburgo, Barcelona, Bruselas, hasta llegar a los más recientes, promueven como prioridades la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada y países de nuestro entorno han realizado reformas legales en el sentido de reducir los estímulos al abandono prematuro de la vida activa y algunos han establecido la edad legal en los 67 años.

En España, además, los efectos de la situación descrita son mayores debido precisamente al rápido incremento de la población de edad y de su esperanza de vida, así como por las dificultades existentes en la legislación de nuestro país para hacer frente a esos retos, que se han visto acentuados por la situación económica global, y que motivan la conveniencia de incorporar las correspondientes modificaciones en nuestro sistema.

Las reformas que la ley 27/2011 introduce en la pensión de jubilación (edades, y forma de cálculo de la pensión, base reguladora y porcentajes) tiene repercusiones indirectas en otros aspectos como la exoneración de cuotas por retraso, los diversos tipos e jubilación, la supresión de algunas de sus modalidades (jubilación a los 64 años), el cómputo de nuevos periodos a efectos de carrera asegurativa (por estudios, investigación, conciliación de la vida laboral y familiar, si bien sólo para las mujeres), la influencia de las nuevas edades de jubilación en bases reguladoras de la IP, el nuevo régimen e integración de lagunas y de su extensión también a la IP, convenios especiales en ERES en trabajadores de más de 55 años, nueva regulación de la jubilación parcial y modificación del ET, del contrato de relevo, la implantación progresiva y gradual de muchos de los nuevos preceptos.

Las coordenadas en las que se mueve la reforma de 2011 son, por tanto,:

-El horizonte demográfico (envejecimiento de la población, esperanza de vida y relación entre activos y pasivos, baja tasa de natalidad).

Las tendencias del mercado de trabajo (la entrada tardía al mercado de trabajo y la baja tasa de ocupación de trabajadores de edad avanzada).

-La relación entre la cuantía y duración de la pensión y lo cotizado a lo largo de la vida laboral. Años de trabajo/años de prestación.

-El gasto en pensiones, su financiación y la presión sobre las finanzas públicas. La cuestión de la deuda.

-Las imprevisibles tasas de crecimiento del PIB, del empleo y de la productividad. El impacto de la crisis financiera y económica.

Pero, además la reforma, si bien tiene un núcleo esencial y central que procede del ASE y de la renovación del Pacto de Toledo, con ocasión de su tramitación parlamentaria han ido incorporando, mediante la técnica del acarreo aluvional y con graves dificultades de sistematización, numerosas modificaciones de cierta importancia en el sistema de protección social que conviven con numerosas normas programáticas que exigen estudios, desarrollos, que en muchos casos no se van a producir. Así:

-Las **relaciones entre complementos de mínimos y pensiones no contributivas** de manera que, en ningún caso, el importe de tales complementos sea superior a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas vigentes en cada momento, estableciéndose algunas excepciones en lo que se refiere a las pensiones de gran invalidez, así como a las pensiones de orfandad que se incrementen en la cuantía de la pensión de viudedad, dadas las particularidades que concurren en ambos supuestos. También se exige la residencia en territorio español como requisito

para percibir estos complementos por los nuevos pensionistas. De nuevo se plantea la problemática de la financiación de los citados complementos y la separación de fuentes.

- El régimen jurídico de **la pensión de incapacidad permanente y sus relaciones con el trabajo**. Se establece la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de la LGSS. Pero será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Y además quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social, aunque tales actividades tampoco generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

-Indirectamente se refuerza de este modo también el criterio jurisprudencial que exige que los rendimientos alcancen el SMI para que se entienda que una actividad por cuenta propia se desempeña de manera habitual para el **encuadramiento en el RETA**.

-La **ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades, de modo que se generaliza la protección por dichas contingencias**, pasando a formar parte de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, si bien, con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de tales regímenes a partir de 1 de enero de 2013.

- Reordenar las modalidades de **convenios especiales**, fijando plazos de suscripción de los mismos. Se ordena asimismo al Gobierno la regulación reglamentaria de **una nueva modalidad de convenio especial** para aquellas personas que, sin haber estado previamente afiliadas al sistema de la Seguridad Social, participen, de forma remunerada, en programas formativos sin quedar vinculados por una relación laboral.

- La propuesta más bien programática de la **adecuación de las bases y periodos de cotización**.

- La creación de la **Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social**, cuyo objeto es llevar a cabo, en nombre y por cuenta del Estado, la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas otras funciones que se le encomienden, integrándose en la mismas las funciones relativas a la afiliación, cotización, recaudación, pago y gestión de las prestaciones económicas, salvo las correspondientes a la cobertura de desempleo y a la asistencia sanitaria.

- La reforma y el reforzamiento del sistema público de pensiones, en relación con la gestión llevada a cabo por **las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales**. Plasma en ordenamiento jurídico de la Seguridad Social lo establecido en el ASE.

- Las numerosas e importantes **modificaciones que se introducen en los regímenes especiales**. Unos porque desaparecen y se integran como sistema especial como los empleados de hogar y trabajadores agrarios por cuenta ajena del REASS, otros porque en ellos se avanza en la equiparación y convergencia con el Régimen general (disp. ad. 8ª), como el RETA: reconocimiento de la jubilación anticipada voluntaria, estudio sobre

la jubilación anticipada por crisis, previsión de la extensión del trabajo a tiempo parcial en ciertos supuestos y su régimen jurídico en materia de protección social, mayor libertad en la elección de la base de cotización, adecuación de las bases de cotización y relación entre las bases máximas de cotización y los salarios medios, a fin de mantener el carácter contributivo del sistema.

Finalmente se introducen **numerosas disposiciones adicionales y finales** que vamos a agrupar por su **heterogeneidad** en un capítulo único. Así, las modificaciones en prestaciones de orfandad (modificando las edades), viudedad (cuantía para viudedad con 65 años o más -medida cuya aplicación ha sido suspendida durante 2012- y en relación al requisito de la pensión compensatoria en caso de separación o divorcio), prestaciones no contributivas y CCAA, prestaciones en unidades económicas unipersonales, umbral de pobreza a estos efectos, encuadramiento de los socios trabajadores de Sociedades Laborales, encuadramiento en ciertos supuestos de familiares tras procesos de nulidad o divorcio, cuidado de menores con enfermedades graves y aplicación del EBEP, cesión de patrimonio para hacer frente a deudas pasadas de las instituciones sanitarias con el Estado, obligaciones en relación con la Seguridad Social de las empresas de ciertas dimensiones que obteniendo beneficios lleven a cabo despidos a través de ERES y, finalmente, diferentes fechas de entrada en vigor de la ley 27/2011 y situaciones transitorias y anteriores a la ley citada.

Se prevén también modificaciones en caso de cómputo de los periodos cotizados en trabajo a tiempo parcial.

También se introducen modificaciones importantes en Mutualidades alternativas en caso de profesiones liberales colegiadas con Mutualidad propia, y en la ley de Planes y Fondos de pensiones (TR de 2002), hipoteca inversa y seguros de dependencia.

## **II. LA JUBILACION**

### **1. LA JUBILACION COMO EJE CENTRAL DE LA LEY 27/2011. LA EDAD ORDINARIA**

Las propuestas del Pacto de Toledo renovado en 2011 se contemplan en la Recomendación n. 12 según la cual la Comisión considera la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable; en este sentido, dado que el objetivo que se persigue es el de aumentar la edad real en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y teniendo en cuenta la evolución de la expectativa de vida después de los 65 años, la Comisión estima que es amplio el conjunto de medidas que se podrían adoptar para incrementar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Así pues se recomienda la prolongación de la vida laboral, pero no se precisa si de manera forzosa o voluntaria pues la propia Comisión constata que no se ha alcanzado acuerdo alguno en materia de edad legal de jubilación. De un lado se propugna una aproximación a la edad legal desde la edad real y por otra parte incentivar la prolongación.

La ley 27/2011 contempla una serie de reformas paramétricas, no sistémicas, sobre la pensión de jubilación que afectan a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social y por tanto a los trabajadores y funcionarios del sector público integrados en el

Régimen general de la Seguridad Social y a los funcionarios de nuevo ingreso en el régimen especial de funcionarios, al desaparecer para estos el régimen de Clases Pasivas (RDL 13/2010 de 3 de diciembre).

Una de las ideas más reiteradas a la hora de justificar el retraso de la edad de jubilación es que la jubilación se suele producir antes de esa edad. Los datos de la Memoria económica muestran que en el Estado español la edad media de jubilación en 2010 fue de 63,84 años, y de 63,43 años en el régimen general, edad bastante cercana a los 65 años. Y muy por encima de la media europea<sup>2</sup>. Los datos muestran, además, que la edad real va creciendo. En los últimos seis años ha aumentado (0,4 años en el total del sistema y medio año en el régimen general). Este aumento se ha dado incluso en los últimos ejercicios, en los que estamos sufriendo una importante crisis económica.

Según la Seguridad Social, la esperanza de vida a los 65 años de quienes tienen pensión de jubilación es de 20,01 años. Retrasar la edad de jubilación dos años supone, por tanto, reducir un 10 por 100 el gasto en pensiones.

## 2. LA EDAD ORDINARIA

La ley 27/2011 siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo no se plantea seguir este camino de ir acercando la edad real de jubilación a la edad legal sino que modifica la edad legal.

Frente a la edad ordinaria de los 65 años del art. 163.1 de la LGSS se establece por el art. 4.1 de la ley 27/2011, que lo modifica, que **la edad en el futuro será 67 años salvo en carreras laborales completas en que seguirá siendo de 65 años**. Tras una fase transitoria. Se incorpora el concepto de carrera laboral completa ante la Seguridad Social para los trabajadores que hayan cotizado 38 años y seis meses. Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos. Se calcula que el 50 % de futuros pensionistas todavía podrá jubilarse a los 65 años en 2027. El paso de 65 a 67 años se aplicará progresivamente en el periodo comprendido entre 2013 y 2027 (disposición transitoria, la vigésima a la LGSS).

El retraso en la edad ordinaria afecta a otras regulaciones. Así:

- A las bonificaciones por retraso del art. 112 bis LGSS y disp.ad. 32<sup>a</sup> LGSS (disposición adicional quincuagésima sexta).
- Al art. 134.4 LGSS: Incapacidad Permanente al cumplir la edad mínima a que se refiere el art. 161 de la LGSS para la revisión, pero que se extiende también a la declaración, salvo en ciertos supuestos.
- Al cálculo de la Base Reguladora en pensiones de Incapacidad Permanente derivadas de contingencias comunes, esto es, los años que falten hasta jubilación (art. 140.1 b) LGSS. Se modifican el art. 140.1.b) y 4 de la LGSS.

---

<sup>2</sup> Véase para periodos anteriores; Antón Pérez, J.I., Braña Piño, J., Muñoz De Bustillo, R., *“Edad efectiva de jubilación en España: un análisis a partir de la explotación de la Muestra Continua de Vidas Laborales de la Seguridad Social”*.

- Al subsidio de desempleo de más de 52 años, aunque no se mencione en la ley 27/2011, pues el art. 216.3 LGSS habla de “edad ordinaria”. Con ello basta, sin que sea necesaria su modificación.
- El acceso a la prestación de desempleo. El art. 207 d) LGSS habla de la “edad ordinaria” de jubilación. Luego será la edad que corresponda. Habrá por tanto acudir a desempleo a los 65 años, lo que puede relativizar el impacto de la nueva edad ordinaria de jubilación en ciertos supuestos. Y lo mismo cabe decir del art.4 de la ley 32/2010 de prestación de cese de actividad de los trabajadores autónomos.
- A las bonificaciones de mantenimiento de empleo tras los 59 años hasta los 65, no hasta los 67 o edad ordinaria en su caso, pues ya se habrá alcanzado a los 65 años el 100%. Parte del 50 % a los 60 y aumenta un 10 % al año. Tras los 65 años creemos que se seguirá manteniendo la exoneración.
- A la jubilación anticipada y jubilación parcial (anticipada y diferida). Arts. 161 bis 1 y 2 y a66.1.y 2 f) respectivamente. Impide una jubilación parcial diferida a partir de los 65 años. Será a los 67 o la edad que corresponda a la jubilación ordinaria.
- Al convenio especial de la disp. ad. 31 de la LGSS y del art. 51.15 del ET. Donde habla de 65 años habrá que entender la edad que corresponda y donde habla de 61 años para la anticipada será la de 61 años (jubilación anticipada por crisis) o la de 63 años (jubilación anticipada voluntaria). Hay que entender modificado también el art.2 letra b) de la Orden de 13 de octubre de 2003 sobre convenio especial durante la prolongación que vendrá referida a la nueva edad ordinaria de jubilación.

### 3. CÁLCULO DE LA PENSIÓN

#### 3.1. BASE REGULADORA

La reforma ha modificado la forma de cálculo de la pensión. **En la regulación anterior a la reforma según el artículo 162.1 de la LGSS** la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. Tras la ley 27/2011 (art.4.3) la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. La elevación se realizará progresivamente a razón de un año desde 2013 a 2022. La renovación del pacto de Toledo y el ASE recomiendan gradualidad en el cambio, pero posible opción inmediata por el nuevo sistema, si se dan ciertos requisitos de edad - a partir de los 55 años- y de reducción de cotizaciones, al menos durante 24 meses tras la extinción de la relación laboral (disposición transitoria quinta de la LGSS tras el art.4.4. de la ley 27/2011). También se aplica esta regla a los **trabajadores autónomos**, con los mismos requisitos y tras un año después de agotar la prestación de cese de actividad.

Por otra parte, alargar los 15 a 25 años para el cálculo de la pensión quizás debería haber llevado a que todas las bases de cotización se actualicen con el IPC. Pero no ha sido así sino que se mantienen sin actualizar los últimos 24 meses.

Cierta extrañeza suscita que la ley 27/2011 no precise la forma de calcular la base reguladora en aquellos casos en que **el beneficiario no alcance los 25 años cotizados**. Quizás haya que aplicar por analogía lo establecido para la Incapacidad Permanente en el art.140.3 de la LGSS para el supuesto en que se exijan bases de cotización inferiores a los 96 meses. En tales supuestos la base reguladora se obtiene forma análoga a la establecida en el número anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período de cotización y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquél en que se produzca el hecho causante.

### 3.2. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS

En la Jubilación las lagunas de cotización, sea por periodos de baja o de alta sin cotización, se cubrían antes de la ley 27/2011 con la base mínima de mayores de 18 años (desde la reforma de 1997, art. 4.4 del RD 1647/1997 de 31 de octubre) que vino a sustituir a la teoría del paréntesis (art. 162.2 de la LGSS).

Una nueva forma de cálculo se introduce ya por el ASE. En efecto, en caso de existir lagunas de cotización serán completadas siempre de acuerdo a la fórmula siguiente:

- Las correspondientes a los primeros 24 meses con la base mínima de cotización y las que excedan de 24 meses con el 50% de la misma.
- Adicionalmente, la Seguridad Social arbitrará fórmulas que reconozcan los periodos cotizados de los 24 meses anteriores al de cómputo para el relleno de lagunas de cotización, en los términos y con las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Tras la ley 27/2011 se acoge lo previsto en el ASE lo que supone una modificación importante del régimen de integración o “relleno” de lagunas que adquiere todavía más importancia al elevarse el periodo de referencia para calcular la base reguladora más allá de los 15 años. Así, según la nueva redacción del art.162.1.2 de la LGSS si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Si durante los treinta y seis meses previos al período que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de veinticuatro, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

2.<sup>a</sup> Las veinticuatro mensualidades con lagunas más próximas al período al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

**3.<sup>a</sup> El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.**

Es excesivamente gravoso tomar sólo el 50 % de la base mínima. En el art. 162.2 de la LGSS antes de la ley 27/2011 siempre se integraban con el 100 %. Hay que tener en cuenta que al aumentar a 25 los años para determinar la base reguladora, aun cuando se aplique gradualmente, el número de lagunas puede aumentar.

Al igual que el antiguo, el nuevo régimen de integración de lagunas sigue sin ser de aplicación a los trabajadores autónomos y por cuenta propia (disp. ad. 8<sup>a</sup> LGSS). Cabría al menos haberlo previsto para algunas situaciones que pudieran ser objeto de control como las situaciones de IT en que el autónomo no mantiene la actividad.

Cabe plantear si el nuevo régimen de integración de lagunas introducido por la ley 27/2011 es ya aplicable o **tendrá que esperar hasta que se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario** (“en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”).

Y además **está sujeto a evaluación** según la disposición adicional octava. Y así a través de la previsión contenida en la disposición adicional octava, sin que nada se previera al respecto en el ASE, se procederá a una evaluación de la Ley sobre el cálculo de las pensiones derivado de la integración de lagunas. El Gobierno evaluará en el plazo de un año los efectos y el impacto que sobre las variables que para determinar el cálculo de las pensiones tendrá lo dispuesto en los artículos 3 y 4. Tres de la misma, referidos ambos a la fórmula de la integración de lagunas. En función de los resultados de dicha evaluación se llevarán a cabo las adaptaciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir las distorsiones que tal evaluación haya evidenciado, y que permitan la incorporación de cotizaciones anteriores al periodo de cómputo como elemento de integración de lagunas.

Según el Informe del CES, si se computa el plazo de un año desde la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, para que el Gobierno evalúe los efectos y el impacto que tendrá la nueva fórmula de integración de lagunas sobre las variables para determinar el cálculo de las pensiones y, en función de los resultados, puedan corregirse las posibles distorsiones, con especial atención al colectivo de los fijos discontinuos, llama la atención esta previsión de evaluación de los efectos de estas medidas en el plazo de un año desde la publicación en el BOE de la Ley, antes de que entren en vigor buena parte de sus previsiones y, por tanto, sin tener en cuenta la gradualidad de las medidas contempladas ni el criterio temporal aplicable para la integración de lagunas que introduce la reforma, aspectos muy relevantes para evaluar el verdadero alcance y efectos de la nueva fórmula sobre el cálculo de las pensiones.

Pasar de 15 a 25 años supone también que los periodos no cotizados, con lagunas, van a ser mayores. De nuevo la información de la Memoria económica es insuficiente, aunque

significativa. De la misma se desprende que el régimen de integración de algunas va a afectar a más futuros pensionistas, y, en mayor medida, a las mujeres:

- El 68,1 por 100 de los trabajadores y trabajadoras del régimen general no tiene lagunas de cotización en los últimos 15 años.

Este porcentaje desciende al 50 por 100 si se tienen en cuenta los últimos 20 años. No se ofrece el dato de los últimos 25 años.

- El 52,7 por 100 de las mujeres carece de lagunas de cotización en los últimos 15 años. Este porcentaje baja al 34,1 por 100 si se tienen en cuenta los últimos 20 años.

En el Régimen general pasar de 15 a 20 años supone que el porcentaje de trabajadores que tiene lagunas de cotización superiores a 24 meses (es decir, a quienes perjudica este cambio de la reforma) pasa del 20,6 por 100 al 31,8 por 100 del total. En el caso de las mujeres supone pasar del 35,8 por 100 al 49,7 por 100.

### 3.3. PORCENTAJES

En la regulación anterior a la ley 27/2011 según el art. 163 de la LGSS la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el art. 162, los porcentajes siguientes:

1. Por los primeros quince años cotizados: el 50 %.
2. Por cada año adicional de cotización, comprendido entre el decimosexto y el vigésimo quinto, ambos incluidos: el 3 %.
3. Por cada año adicional de cotización, a partir del vigésimo sexto: el 2 %, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 %, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

El Informe del CES recomendaba una modificación de los tramos de porcentajes a aplicar a la base reguladora en favor de uno homogéneo.

La escala de porcentajes antes de la ley 27/2011 acababa penalizando el esfuerzo contributivo de los que habían cotizado más en comparación con los que se movían en una frontera de los 25 años cotizados, al otorgara más valor a los años desde los 15 a los 25 y menos desde los 25 a los 35 años.

La Recomendación n. 11 de revisión del Pacto de Toledo de 2011 desde el principio de contributividad en línea con los contenidos del Pacto de Toledo de 1995 y de 2003, planteaba la necesidad de reforzar el principio de contributividad, como elemento básico de preservación de la equidad y del equilibrio financiero del sistema. La Comisión está a favor de que el cálculo de la pensión de jubilación se modifique para responder a un esquema homogéneo de equiparación de los años cotizados, con un mismo porcentaje.

No se ha unificado la escala de los porcentajes, que procede de la reforma de la ley 24/1997, pero se ha simplificado bastante.

Y efectivamente en el ASE **se introduce una nueva escala de cálculo para acceder al 100% de la base reguladora de la pensión:**

- la escala evolucionará desde el 50% de la base reguladora a los 15 años hasta el 100% de la base reguladora a los 37 años con una estructura totalmente regular y proporcional.

- El paso de la escala actual a la nueva se producirá en un período delimitado entre 2013 y 2027.

Lo que se traspone a la ley 27/2011 que “con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social” da una nueva redacción al art. 163 de la LGSS, modificando el periodo de tiempo preciso para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, pues el derecho al 100 por 100 de la pensión se alcanza con 37 años cotizados, manteniéndose el derecho a la percepción del 50 por 100 con quince años cotizados. Y fija un periodo transitorio de aplicación desde 2013 a 2027.

Además, de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo y con la finalidad de reforzar el principio de contributividad del sistema de la Seguridad Social a través de una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas por el interesado y la cuantía de la pensión, se modifica la escala para reducir las diferencias entre el peso relativo de los primeros años cotizados -a partir del decimoquinto- y los últimos.

Así, la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determinará aplicando a la base reguladora, nuevos porcentajes, salvo en el supuesto de que solo se tengan 15 años cotizados (sigue siendo el 50 por 100).

Desde el punto de vista de la diferencia de tratamiento que se contemplaba en la normativa anterior entre los años 15 a 25 y 25 y 35 la ley 27/2011 ha corregido esta desigualdad y prácticamente unifica los tiempos más allá de los 15 años con el 0'19 que comprende 20 años y 8 meses, quedando apenas 18 meses con un porcentaje inferior, el 0'18. Esta diferencia no se acaba de justificar, si no es para permitir calcular el 100 % con 37 años. Del 3 % de 15 a 25 años se ha pasado a un cómputo diverso, por meses, y además menos elevado (de un 3 % a un 2'28) mientras que para el resto de meses, los 18, se cuantifica en un 2'16.

Mientras que la regulación anterior a la reforma actual tenía por objeto conseguir una protección suficiente en carreras medias de cotización, con 25 años, en la regulación actual no sólo no se consigue sino que a mayor esfuerzo contributivo el recorte en relación con la situación precedente es mayor como se puede observar en la siguiente tabla comparativa. Es decir pierde menos quien se jubilara antes y ahora con hasta 20 años cotizados que los que tienen más de 20 años. Había algunas propuestas en el sentido de invertir los porcentajes del 3 y el 2 % de manera que de 15 a 25 años cotizados la pensión resultara mucho menor y fuera subiendo a partir de los 25 años de cotización premiando e incentivando carreras largas de cotización y la permanencia en activo. No obstante, todo ello hubiera dependido de la base reguladora pues con bases bajas y carreras cortas la pensiones sería todavía más bajas a suplementar mediante complementos de mínimos más elevados, que por otra parte no podrían serlo tanto tras la reforma introducida en la cuantía de los mismos por la ley 27/2011 (vide art. 1 de la ley).

En la siguiente tabla puede verse una comparativa entre los porcentajes antes y después de la reforma a idéntico esfuerzo de cotización.

• 15 años.....	50 (actual).....	50 (ref.)
• 16.....	53 .....	52'3
• 17.....	56.....	54'5
• 18.....	59.....	56'8
• 19.....	62.....	59'1
• 20.....	65.....	61'4
• 21.....	68 .....	63'6
• 22.....	71.....	65'9
• 23.....	74.....	68'2
• 24.....	77.....	70'5
• 25.....	80.....	72'7
• 26.....	82.....	75
• 27.....	84.....	77'3
• 28.....	86.....	79'5
• 29.....	88.....	81'8
• 30.....	90.....	84'1
• 31.....	92.....	86'4
• 32.....	94.....	88'6
• 33.....	96.....	90'9
• 34.....	98.....	93'2
• 35.....	100.....	95'5
• 36.....	100.....	97'7
• 37.....	100.....	100

Pasar de 35 a 37 años cotizados para llegar al 100 por 100 de la pensión y reducir la pensión de manera generalizada, a todos los que han cotizado entre 15 y 37 años también supone menos gasto para la Seguridad Social.

Esta medida perjudica proporcionalmente más a quienes tienen menos años cotizados. Sus efectos negativos vuelven a afectar en mayor medida, como ya había ocurrido con la reforma de 1997, para aquellas personas que a la edad de jubilación sólo han cotizado entre 15 y 25 años, la mayoría de las cuales son mujeres.

#### 4. FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Las reformas paramétricas de la pensión de jubilación no tienen una segura vocación de permanencia, pese a programarse para hacer frente a los problemas de la Seguridad Social a partir de 2027, sino que se encuentran sujetas al “Factor de sostenibilidad”.

En efecto, con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada cinco años utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales.

Así, mediante el art. 8 de la ley se introduce una nueva disposición adicional, la quincuagésima novena, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que recoge las recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo.

El factor de sostenibilidad, tal y como está contemplado, ligado a la evolución de la esperanza de vida a los 67 años, parece referirse más bien a la sostenibilidad del sistema de pensiones, propiamente dicho, y no tanto a la del sistema de Seguridad Social en su conjunto. No obstante, al haberse mantenido la redacción final de la ley, pese al informe del CES, cabe que el factor de sostenibilidad no se limite a la pensión de jubilación, sino que afecte también a otras prestaciones (incapacidad permanente, viudedad...) o elementos del Sistema.

Por otra parte, sólo se toma en cuenta la variable de la edad, cuando para la sostenibilidad del sistema existen otras variables determinantes, como las relacionadas con la actividad económica, la evolución del empleo o la tasa de actividad. Así según el informe del CES aun siendo la esperanza de vida una variable determinante de la evolución del gasto en pensiones en la futura concreción del factor de sostenibilidad cabría contemplar, además, las variables determinantes de la sostenibilidad del sistema de pensiones que se acaban de mencionar.

El factor de sostenibilidad no es una novedad en el ámbito europeo sino que está previsto, con un perfil similar en algunos países del norte de Europa para ligar la evolución de las pensiones a las variables demográficas. Es una característica novedosa de las reformas que se están produciendo en los países de nuestro entorno.

Si bien desde el Pacto de Toledo- incluso antes desde la ley de 1985- estamos asistiendo a un proceso de reforma permanente de la Seguridad Social el factor de sostenibilidad supone realmente un cambio brusco en la forma de abordar los problemas de la Seguridad Social en cada momento histórico. Implica que, a partir de ahora y por primera vez en nuestro país, los parámetros sobre los que se estructura la pensión de jubilación no tienen un carácter fijo, sino variable y, además, revisable cada 5 años. Por tanto, la evolución de la esperanza de vida en nuestro país a partir de 2027 se convierte en un condicionante de la propia configuración de los parámetros esenciales de la pensión de jubilación y de sus posibles modificaciones, bien elevando la edad, bien modificando la forma de cálculo de la pensión. Es un aviso sobre futuras reformas, más allá incluso del propio funcionamiento del Pacto de Toledo y de su recomendación 21 sobre Seguimiento, evaluación y reforma, según la cual se «...sigue considerando conveniente que el Congreso de los Diputados proceda, transcurridos al menos cinco años, a una revisión general del grado de cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el mismo, mediante instrumentos parlamentarios específicos para ello».

**Los parámetros se podrán modificar** en función de las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión, y la esperanza de vida a los 67 años en el año 2027. Con ello se persigue mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al Sistema y las prestaciones esperadas del mismo, y garantizar su sostenibilidad, lo que supone de nuevo un reforzamiento de la lógica contributiva de nuestro Sistema, esto es, en la lógica “aseguradora” de que tanto se aporta tanto se recibe, y garantizar por esta vía la propia sostenibilidad económica del Sistema de Seguridad Social.

## 5. VALORACION

La reforma aborda los problemas futuros del sistema de pensiones desde el ángulo del gasto y no tanto del de los ingresos (sólo hay una vaga referencia a que se estudiarán formas alternativas) y sin tener en cuenta variables como el crecimiento del PIB, de la productividad y del empleo, al considerarlas inciertas e inseguras en contraposición a la certeza de las demográficas.

El objetivo de la reforma es el ahorro del gasto en las futuras pensiones de jubilación del régimen general y de los regímenes especiales (no afecta, al parecer, a los regímenes especiales de funcionarios actuales, pero sí a los nuevos funcionarios que ingresen tras el RDL 13/2010 de 3 de diciembre) a través del retraso de la edad de jubilación a los 67 años, teniendo en cuenta los datos demográficos de esperanza de vida. También se reduce el gasto mediante una nueva forma de cálculo de la pensión al alargar la base reguladora desde los 15 hasta los 25 años y a través de la aplicación de nuevos porcentajes. Aunque puede haber dificultades para estimar el alcance del recorte, pues depende de la evolución de los salarios y de las carreras de seguro del trabajador, se estima que por cada año que se retrase el cálculo de la base la pensión media se verá reducida en un 1 % por año. A ello hay que añadir lo que suponen los nuevos porcentajes, si se comparan con los actuales (véase la comparativa de la tabla actual con la nueva), pues se reduce la cuantía de la pensión a todas las personas que han cotizado entre 15 y 37 años, al modificar el porcentaje de la base reguladora asignado a cada año cotizado. De otra parte al retrasarse dos años la jubilación, se produce también un recorte- en este caso virtual- de los años teóricos de percepción de la pensión, lo que afecta más gravemente a los trabajadores con menores salarios y peores puestos de trabajo cuya esperanza de vida es estadísticamente menor y a las mujeres. La reforma perjudica especialmente a los colectivos más precarios. La Memoria evidencia que las mujeres van a salir muy mal paradas, ya que tienen periodos de cotización más cortos y más lagunas de cotización.

Es cierto que la ley 27/2011 al fijar 25 años para el cálculo de la base reguladora puede evitar los perjuicios que sufrían hasta ahora los trabajadores que hubieran perdido su empleo a partir de los 50 años y se hubieran mantenido como perceptores de prestaciones de desempleo, especialmente el subsidio de más de 25 años (al computar sólo el 125 % de la base mínima). Sus bases, al tomar los últimos quince años, podían ser muy bajas en comparación con las que tuvieron a lo largo de su vida laboral anterior. Y también si en tal periodo se dieran lagunas de cotización. La reforma les beneficia e incluso les permite en ciertas circunstancias y casos, si reúnen determinados requisitos, optar por la aplicación de las nuevas medidas. Pero tal colectivo de trabajadores no supone un porcentaje elevado. El resto, en cambio, ve perjudicada la cuantía de su pensión por la elevación de 15 a 25 años los años a tomar en consideración para la determinación de la base reguladora. Y también puede producirse una cierta merma de pensión por la nueva forma de computar la integración de lagunas.

### III. CARACTERES GENERALES DE OTRAS MODALIDADES DE JUBILACION

Ya en el ASE se introducen cambios importantes que pretenden acomodar **la jubilación anticipada** a las nuevas edades ordinarias de jubilación previstas en el mismo. Pero se añade algo más, una jubilación anticipada como derecho nuevo, que no sufre

coeficientes reductores más severos y con una edad diferente de la jubilación por cese por causa involuntaria del trabajador. Los ejes fundamentales del ASE han pasado a la ley 27/2011. Se distinguen, por tanto, las dos formas de jubilación anticipada: por crisis y voluntaria.

Tiene en común ambas jubilaciones los requisitos de cotización y su forma de cómputo y los coeficientes reductores por anticipación.

En ambos casos los requisitos de cotización son más exigentes (33 años frente a los 30 actuales) en correspondencia con el retraso en la edad ordinaria de jubilación a los 67 años y la jubilación voluntaria. Sin embargo, no se prevé plazo transitorio alguno en cuanto al nuevo requisito de cotización de 33 años.

La reforma ha introducido en las dos clases de jubilaciones anticipadas una forma de cálculo distinta sobre la que aplicar los coeficientes reductores.

En primer lugar hay que destacar que la **fórmula trimestral** de determinación de los coeficientes reductores es más favorable para el trabajador que la anual ya que puede, en ciertos casos, penalizar menos.

En segundo lugar, frente a la fórmula común de aplicarlos sobre la base reguladora, como ha sido tradicional desde la jubilación anticipada del mutualismo laboral hasta la de la ley 35/2002, en el art. 163.3 de la LGSS introducido por la ley 27/2011 se establece una excepción: cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, aquéllos se aplicarán no sobre la base reguladora, sino sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización.

Además, una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,25 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

Se pretende así evitar que la aplicación de coeficientes reductores sea inocua en la práctica por **el juego de la pensión máxima**, lo que va en contra no ya de la aplicación de los principios de proporcionalidad, contribución y equidad, sino de la propia finalidad de los coeficientes reductores en caso de bases de cotización altas.

Es decir, ya no cabrá que la pensión sea de cuantía igual a la máxima tras haber aplicado los coeficientes reductores, sino que deberá estar por debajo, al menos, de la reducción del tope máximo por trimestre de anticipación en un 0'25. Si lo superara, cabrá la jubilación anticipada, pero con una ulterior reducción, por lo que de este modo la ley introduce un tope de pensión inicial especial para estos supuestos, distinto del común.

Pero hay algunas diferencias fundamentales entre la jubilación anticipada voluntaria y la jubilación anticipada por crisis, como la edad, el requisito de que **el importe de la pensión resultante** una vez aplicados los coeficientes reductores daba ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad, lo que a nuestro juicio no es fácil de prever con antelación por lo que se partirá de una ficción. En caso contrario, no se podrá acceder a

esta fórmula de jubilación anticipada. Tal requisito se exige en la jubilación voluntaria, no en la jubilación por crisis.

**En cuanto a la jubilación anticipada de Mutualistas** tras la ley 27/2011 se mantiene esta jubilación de derecho transitorio, cuya vigencia decaerá dentro de unos años cuando ya no haya trabajadores que hubieran prestado sus servicios antes del 1 de enero de 1967 en las actividades antes mencionadas. No obstante, altera alguno de sus parámetros. Deben entenderse aplicables las nuevas reglas de determinación de la base reguladora, integración de lagunas y porcentajes aplicables establecidos por el art. 163.1 y 3 y por las disposiciones transitorias 5ª, 20ª y 21ª de la LGSS. Sin embargo, no resulta claro que sea aplicable el requisito del art. 161 bis 2 B) c) en cuanto a la cuantía resultante. Finalmente se modifica el coeficiente reductor volviendo al histórico del 8 %, sea cual sea el esfuerzo contributivo.

De otra parte la nueva ley 27/2011 lleva a cabo un giro copernicano sobre la extensión del derecho a la jubilación anticipada de colectivos antes excluidos y que habían reivindicado tal derecho, como los autónomos, dentro del proceso de convergencia de regímenes. Es también aplicable, por tanto, a los regímenes especiales, incluido por tanto el RETA y el de trabajadores por cuenta propia del REMAR con la aplicación del mismo régimen jurídico que para trabajadores por cuenta ajena del Régimen general (vide infra). No obstante, de momento sólo se contempla la **jubilación anticipada voluntaria**, no la jubilación por crisis, por lo que en tal caso habrá que seguir a los criterios legales y jurisprudenciales antes mencionados.

También se ha extendido el derecho a la jubilación anticipada, en sus dos modalidades, a otros colectivos excluidos, sólo que se produce no por extensión, sino por la vía de la integración en el Régimen general como sistema especial. Así en el caso de los empleados de hogar en disposición adicional trigésima novena de la ley 27/2011.

Algo similar ocurre en el caso de los **trabajadores agrarios por cuenta ajena**. No obstante, a los requisitos comunes se le añade en la normativa del SETACA el específico de **cierta carencia específica**, cierto arraigo en el sistema especial, es decir, que en los últimos diez años cotizados, al menos, seis correspondan a periodos de actividad efectiva en este sistema especial, computando a estos efectos la percepción de prestaciones de desempleo de tipo contributivo, no con carácter general, sino sólo en este sistema especial. Ello dificultará el acceso a esta modalidad de jubilación en caso de fijos discontinuos y de eventuales que alternen trabajo y acceso a los subsidios asistenciales, subsidio agrario o renta agraria, en lugar de a la prestación básica. Es especialmente grave en caso de subsidios asistenciales de fijos discontinuos pues a la falta de derecho al subsidio de más de 52 años puede añadirse la dificultad de acceso a la jubilación anticipada. También cuando el trabajador en lugar de mantenerse en el SETACA por los periodos de inactividad cotizando a su cargo en los últimos diez años acumule periodos de exclusión del censo o del sistema especial por haber realizados trabajos en otros sistemas o regímenes o por haber percibido prestaciones de desempleo derivados de los mismos pues de este modo acabarán perjudicándole dificultando la movilidad laboral. De otra parte, si bien las prestaciones de desempleo derivadas de actividades en el SETACA sí se consideran como de actividad en el mismo, como se verá más abajo, a efectos del cómputo de los citados seis años sólo se toman en cuenta las prestaciones contributivas.

**La ley 27/2011 mantiene las edades propias de jubilación anteriores a los 65 años para los trabajos tóxicos y penosos, que no se ven afectadas por la reforma pese al cambio de la edad ordinaria, sobre la que se aplicarán en lo sucesivo.** Se sigue manteniendo la incompatibilidad con incentivos de retraso y con las verdaderas jubilaciones anticipadas.

La ley 27/2011 introduce pocas modificaciones “directas” en este materia, salvo en jubilación de discapacitados. Se limita a reiterar un mandato similar al que ya se contempló por la ley 40/2007 y que no se cumplió (**disposición adicional vigésima tercera** (Actualización de los coeficientes reductores de la edad de jubilación)). Tras la ley 27/2011, una vez se produce un retraso en la edad de jubilación ordinaria, se hacía más urgente dar una respuesta normativa al debate de las profesiones y colectivos con requerimientos físicos o psíquicos que aconsejan la salida del mercado laboral con anticipación bien en relación a los 65 años o en relación a los 67. Pero nada de ello ha contemplado la ley 27/2011. Y esta es la verdadera reforma “indirecta” de esta clase de jubilación, pues la previsión de una “actualización” de los coeficientes reductores de la edad de jubilación se refiere no al retraso en la edad ordinaria de jubilación, sino a circunstancias, ámbitos o características del trabajo y de las condiciones en que se lleva a cabo y a sus requerimientos físicos.

**En cuanto a la jubilación anticipada de discapacitados la ley 27/2011 en su disposición adicional decimoctava** procede a modificar el artículo 3 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre estableciendo que la edad mínima de jubilación de las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 %, por una discapacidad de las enumeradas en el artículo 2 será, excepcionalmente, la de **56 años en lugar de 58.**

Como ya ocurre en la jubilación por trabajos penosos o peligrosos, en la de discapacitados mientras no se modifiquen los coeficientes de anticipación a partir de la entrada en vigor de la reforma, en uno de enero de 2013 y durante la fase transitoria de elevación gradual y paulatina de la edad de jubilación (disp.trans. 20ª de la LGSS) **la edad sobre la que se producirá el adelantamiento será la que corresponda en cada momento.** De no modificarse los citados coeficientes, en la práctica ello se traducirá en un retraso de hecho de la edad de jubilación también en estas actividades, lo que resulta por otra parte poco coherente con la modificación que la propia ley 27/2011 de la edad mínima de anticipación en el caso de jubilación de las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 por ciento, por una discapacidad de las enumeradas en el artículo 2, sin alcanzar el 65 %, que se rebaja de 58 años a 56 años.

Se procede a suprimir **la jubilación a los 64 años.** La supresión de esta modalidad obedece de un lado a la modificación de la edad de jubilación ordinaria operada por la ley 27/2011, aunque podría haberse retrasado también a la edad que correspondiera, y también por la visión negativa que se ha ido instalando en la Seguridad Social sobre la jubilación parcial mediante contratos de relevo que ha afectado también a la jubilación a los 64 años.

La reforma de 2011 continúa en la senda de la visión negativa de la **jubilación parcial** ya iniciada con la Ley 40/2007. La reforma de 2011 mantiene las dos modalidades de jubilación parcial existentes actualmente, si bien con una adaptación de los márgenes de edad a las modificaciones introducidas en la edad de jubilación ordinaria en el caso de la jubilación parcial diferida, no así en la anticipada.

En cuanto a la cotización previa la reforma al no modificar la edad tampoco ha modificado como en la jubilación anticipada el requisito de los 30 años cotizados. Ni su forma de cómputo, que en esto es similar a la de la jubilación anticipada, salvo en relación con los periodos de servicio militar y prestación social sustitutoria.

En cuanto la relación entre el relevista y el relevado en orden al puesto de trabajo a ocupar por el relevista, y en especial a las repercusiones de ese puesto sobre las cotizaciones a la Seguridad Social La ley 27/1011 ha decidido generalizar el requisito de correspondencia de cotización entre relevista y relevado, independientemente de que el relevista ocupe o no el mismo puesto de trabajo que el relevado. Es más clara que la farragosa y complicada fórmula del art. 166 LGSS que introdujo la Ley 40/2007 y no hay que esperar ya a desarrollo reglamentario alguno del art. 166.2. e) LGSS.

Se ha adoptado, por otra parte, lo que supone una novedad introducida por la ley 27/2011 **una base de cotización de referencia más ponderada**, seis meses, para evitar cambios de cotización de última hora.

No obstante, ya parece una cautela excesiva la reforma introducida por la ley 27/2011 que en el art. 166 introduce una letra nueva la g) según la cual sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, **la empresa y el trabajador jubilado parcial cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa.**

Esta elevación de cotización respecto del jubilado parcial se producirá en el **periodo transitorio** que contempla la nueva disposición transitoria, la vigésima segunda, de la LGSS.

En cuanto a los efectos de la ley 27/201 sobre las jubilaciones parciales anteriores véase la disp. ad. Duodécima de la ley 27/2011.

La reforma de la pensión de jubilación afecta indirectamente a la **jubilación parcial diferida** en la medida en que modifica la edad ordinaria de jubilación.

En cuanto a la **jubilación flexible** ni siquiera se la menciona ni en el ASE ni en la Ley 27/2011. La ley únicamente la cita para seguir excluyendo esta modalidad de jubilación de los incentivos de retraso del art.163 de la LGSS. Es decir, no se introduce cambio alguno directo, por lo que se mantiene en los términos actuales. No obstante, si bien no incide directamente en este ámbito, sí lo hace de una forma indirecta, al variar la edad de jubilación ordinaria por lo que la jubilación flexible, de darse, lo será a una edad progresivamente, más tardía (en los términos de la disp. trans. 20ª LGSS).

En cuanto a la **exoneración de la obligación de cotizar e incentivos de retraso de la jubilación** hay que señalar que pese a que el objetivo de la ley 27/2011 es la prolongación de la vida laboral y de las carreras de cotizaciones mediante el retraso de la propia edad ordinaria y de la modificación de la forma de cálculo de la prestación, sin embargo, se mantiene el apoyo a incentivos en el retraso voluntario en la edad. No obstante, una vez se produce el retraso de la edad ordinaria, ya no se contempla como una medida alternativa a la jubilación a los 65 años. La ley 27/2011 recoge esta nueva

visión y su artículo 2 tiene en cuenta la modificación que esta ley lleva a cabo de la edad de jubilación y de los porcentajes que se atribuyen por año cotizado a efectos de cálculo de la pensión de jubilación.

Se mantienen, por tanto, los incentivos mediante **exoneración de cotizaciones** en los términos ya conocidos o previstos en la normativa anterior a la ley 27/2011, solo que adaptados a las nuevas edades de jubilación. La cuestión que cabe plantear es si se aplica también la disposición transitoria 20ª tanto a efectos de la edad como de los periodos cotizados para aplicar la exoneración. Es cierto que la disposición adicional 57ª remite al art.161.1.a) y no expresamente a la transitoria 20ª. Sin embargo, la referencia a la “edad que resulte de aplicación en cada caso” podría llevar a entender aplicable la edad y cotización que corresponda durante la fase transitoria. No hubiera estado de más, como recomendaba el CES, que el artículo en cuestión o la disp. ad. 57ª hubiera incluido una referencia que aclarara la redacción, de modo que contemplara de forma específica tales efectos transitorios, detallando el calendario de aplicación y los incrementos graduales de progresión constante.

Tras la ley 27/2011 se produce, además, **una modificación importante en los incentivos** que afectan a la cuantía de las pensiones y sobre todo en los requisitos de cotización para acceder a los mismos. En lugar de dos escalones se establecen tres mejorando la regulación anterior a partir de los 25 años cotizados (art.163.2).

Si la nueva edad ordinaria de la jubilación, especialmente cuando se alcancen los 67 años, es precisamente una alternativa al fracaso del retraso voluntario difícilmente va a ser exitosa ahora tras los 67 años<sup>3</sup>. En definitiva, **con las modificaciones introducidas, efectivamente se producirá una prolongación de la vida laboral, pero que en la mayoría de casos será forzada**, a causa del aumento de los años de cotización necesarios para tener el mismo derecho que se tenía antes de la reforma y de las modificación de la forma de cálculo de la base reguladora, si se quiere mantener el mismo nivel de protección<sup>4</sup>.

Finalmente se ha planteado si los beneficios se dan sólo cuando se produce **la jubilación total**, o también cuando el trabajador accede a **la jubilación parcial** o continúa en la misma, si ya hubiera accedido con anterioridad, a los 65 años o la edad que corresponda y siga trabajando a tiempo parcial. De acuerdo con la STS 21 de marzo de 2011 (Rec. 2396/2010) no procede el incremento del porcentaje previsto en el artículo 163.2 LGSS para el jubilado que accede a la jubilación definitiva con 68 años de edad, desde la situación simultánea, con 65 años, de jubilado parcial y trabajo a tiempo parcial, pues no se cumple en este caso la exigencia de aquella norma de que se trate de años completos cotizados para que se pueda incrementar el 100% de la base reguladora en jubilaciones posteriores a los 65 años y con más de 40 de cotización, pudiendo integrarse no obstante tales "años completos" acreditando la cotización de, al menos, un año, calculado en la forma que permite el artículo 3 del R.D. 1131/2002 para los trabajadores a tiempo parcial.

---

<sup>3</sup> LOPEZ GANDIA, J. “Jubilación ordinaria“, CEMICAL Boletín, n.38, mayo de 2011.

<sup>4</sup> MOCHALES COLLADO, A., “Incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral”, CEMICAL, Boletín n.41, junio 2011.

A su juicio no es posible considerar al trabajador que continúa trabajando a tiempo parcial y percibiendo la jubilación parcial como cotizante *por años completos* cuando realmente no lo es sino en razón al tiempo trabajado, pues ello supondría una elevación ficticia, sin soporte de cotización real, del porcentaje de incremento a aplicar sobre la base reguladora sin justificación normativa.

Sin embargo, la sentencia deja abierta la posibilidad de que si las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial suman todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización en la forma prevista en el citado artículo 3 del R.D. 1131/2002 para el trabajo a tiempo parcial, esto es, la acumulación de horas, el cómputo exclusivamente de las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. Y añadiendo, al tratarse de una pensión de jubilación al número de días teóricos de cotización obtenidos el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados.

De otro modo se genera una desigualdad de tratamiento entre quien retrasa de manera total la jubilación y quien lo hace de manera parcial, además de incentivar muy poco la jubilación parcial diferida. Todo ello independientemente de que desde el punto de vista práctico sea operativo pues, de aplicar la tesis de la acumulación de periodos, si se ha producido una reducción de jornada máxima del 75 % (los coeficientes máximos son aplicables también se aplican a esta modalidad de jubilación parcial), serían necesarios cuatro años de retraso para alcanzar un año cotizado que permita disfrutar del incremento de pensión.

Resulta, en todo caso, poco coherente que quepan los beneficios de exoneración de cuotas del art. 112 bis de la LGSS, que no excluyen el trabajo a tiempo parcial, y no los que afectan al porcentaje de la pensión.

**Tras la ley 27/2011 el beneficio establecido en este apartado sigue sin ser de aplicación en los supuestos de jubilación flexible.**

En cuanto a las normas transitorias puede verse la **nueva disposición adicional, la 55ª de la LGSS.**

En cuanto a la **jubilación forzosa** anterior a la ley 27/2011 se contenía en la disp. ad. 10ª del ET. La disp. ad. 36ª de la ley 27/2011 modifica esta disposición adicional para ajustarla no ya a la edad de 65 años sino a la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social vigente en cada momento para el trabajador en función de lo establecido en la propia ley 27/2011, cuyo art. 4 modifica el art. 161.1 de la LGSS y teniendo en cuenta la fase transitoria de aplicación de la nueva edad ordinaria contemplada por la disposición transitoria 20ª.

En segundo lugar exige para que sea admisible que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo no solo tenga cubierto el periodo mínimo para tener derecho a la pensión sino **un mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora** para el cálculo de la cuantía de la pensión. Ya no se deja al albur del convenio colectivo tal exigencia, sino que la impone la ley.

Sin embargo, la aplicación de tal medida podría retrasarse, quizás porque restringe de manera importante el recurso a esta modalidad extintiva del contrato de trabajo, por lo que la ley 27/2011 en la misma disp. ad. 36ª habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional. No obstante, mientras el gobierno no adopte ninguna medida de retraso se encuentra ya en vigor de acuerdo con la disposición final duodécima el día de la publicación de la ley 27/2011 en el BOE, esto es, el día 2 de agosto de 2011. Una vez ya ha entrado en vigor, por tanto, no cabría que el gobierno adoptara tal demora. Solo cabría en tal caso suspender su vigencia, pero esto no es lo que dice la ley. De ahí la deficiencia técnica del precepto pues es contradictoria, al entrar en vigor la ley en este punto el día de su publicación en el BOE.

#### IV. INCAPACIDAD PERMANENTE

##### 1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO

El concepto de Incapacidad permanente está basado en un criterio de capacidad laboral y funcional según las secuelas, tanto físicas como psíquicas, de base médica, déficit orgánico o funcional, y no de capacidad de ganancia, es decir no tiene en cuenta factores personales (edad, formación) o del mercado de trabajo (posibilidades de encontrar trabajo) que sólo se consideran para cualificar o aumentar la incapacidad anatómica, funcional previamente definida, la incapacidad permanente total cualificada. Ello puede llevar a situaciones de sobreprotección en algunos casos, al disponer de las rentas de otro trabajo, y de infraprotección en otros, especialmente si no se alcanza la edad para la cualificada y no se encuentra trabajo.

De otra parte, **la realización de trabajos tanto por inválidos totales como por inválidos absolutos plantea numerosos problemas**, bien al poner en cuestión la propia calificación, bien al mostrar las dificultades en ciertos casos para proceder a una revisión del grado. De otra parte, su proyección sobre el trabajo, en los casos en que el incapacitado se reincorpore a la empresa puede tener cierta importancia a efectos laborales y de condiciones de trabajo.

Tanto en la calificación como en la revisión del grado de incapacidad un elemento decisivo lo constituye **la profesión habitual del trabajador**, hasta el punto de que unas mismas lesiones podrán ser calificadas, por ejemplo, como constitutivas de incapacidad permanente total para determinada profesión u oficio, mientras que para otras actividades no generarán incapacidad.

Lo que debe entenderse por **profesión habitual** viene establecido en el propio art. 137.2 de la LGSS y por el art.11 de la Orden de Invalidez de 1969. A este respecto el artículo 137.2 de la LGSS, en su redacción original, coincidente con la mantenida en el artículo 137.4 del precedente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, establecía que “se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad que reglamentariamente se determine”, definición que venía a coincidir casi literalmente con la que de la profesión habitual realiza el artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, siendo claro que la literalidad de los preceptos citados confieren a las labores que

se desarrollan al ocurrir el accidente o la enfermedad, y con las que se obtiene el medio de vida fundamental, el carácter de profesión habitual, aunque con anterioridad o posterioridad al hecho causante el trabajador haya desempeñado otro tipo de trabajo<sup>5</sup>.

Es cierto que el artículo 137.2, citado, experimentó una nueva redacción ordenada por el artículo 8.1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, pero la nueva redacción, como es ya sabido, no ha entrado en vigor por lo que permanece vigente la redacción del artículo 137.2 en los términos expresados anteriormente.

Estos avatares legislativos han tenido consecuencias de orden práctico, ya que entre el concepto de profesión habitual que se contiene en la redacción originaria del artículo 137, hoy vigente, y la redacción que otorga el artículo 8.1 de la Ley 24/1997, hay diferencias sustanciales, ya que la nueva redacción, no vigente, identifica **la profesión habitual con la profesión del interesado “o grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada”**, pues el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones conforme al artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el concepto de grupo profesional desborda el de profesión habitual, en los términos del vigente artículo 137.2 de la LGSS. Haber adoptado el grupo hubiera llevado probablemente a declarar menos incapacidades permanentes totales, pues sería más exigente que el concepto actual de categoría o funciones que permite reconocer una Incapacidad permanente para la profesión habitual en relación con una categoría o funciones, aunque pueda realizar otra distinta dentro del grupo.

De otra parte, **dentro ya de la categoría profesional la cuestión que se planteaba es si hay que tener en cuenta todos los cometidos incluidos en la categoría, aunque no se hubieran desempeñado, o sólo los desempeñados en el concreto puesto de trabajo o dentro de ellos los más importantes**. En algunas resoluciones judiciales se ha tenido en cuenta, a la hora de reconocer la incapacidad permanente, una distinción entre el puesto de trabajo que se desempeña y la profesión habitual del trabajador cuando ésta permite el ejercicio de puestos de trabajo distintos, distinción que se hace con criterios muy restrictivos, pues no cabe olvidar que la norma legal habla de profesión habitual y no de categoría profesional, en la que es evidente que pueden quedar incluidas profesiones distintas, de manera que el criterio más acorde con el ordenamiento jurídico es el de considerar a efectos de incapacidad la profesión que habitualmente desarrolla el trabajador y no otras que presumiblemente pudiera desempeñar<sup>6</sup>. Así pues el parámetro de referencia sigue siendo la categoría

---

<sup>5</sup> SSTs 9 de febrero de 2000 (Rec. 1545/1999), para el supuesto de accidente; 4 de mayo de 1992, (Rec. 1587/1991), 21 de junio de 1999, (Rec. 3128/1998), 31 de mayo de 1996, (Rec. 2759/1995).

<sup>6</sup> Un supuesto interesante es el enjuiciado por la STS 12 de febrero de 2003, (Rec. 861/2002), en la que, con referencia a un conductor de camión, se razona que aun cuando pudiera entenderse que la conducción se puede considerar como una profesión, resulta evidente que “la privación de los permisos de clase superior por razón de enfermedad o secuelas de accidente, supone para un profesional cualificado para conducir vehículos de gran tonelaje y dedicado habitualmente a ello, la imposibilidad de llevar a cabo las tareas más importantes o fundamentales de dicha profesión, restando solo capacidad para trabajos que, desde ese prisma profesional, habrían de calificarse menores o residuales. Otra cosa habría sido que al demandante se le hubiera revocado sólo alguno de los varios permisos de las clases C y D o de la autorización para las conducciones especiales, manteniéndose el resto. Porque en tal caso podría haber seguido desempeñando su profesión de camionero o conductor de camión, aunque ya no pudiera manejar alguno de estos”.

profesional. La profesión habitual no abarcaba el grupo profesional, pero tampoco se limitaba según la jurisprudencia al puesto de trabajo, sino a todas las funciones propias de la categoría profesional, aunque no las estuviera ejercitando en el momento o periodo anterior al hecho causante<sup>7</sup>, lo que en ocasiones puede facilitar y en otras impedir la calificación de la incapacidad permanente.

Se entendía, por tanto, por profesión habitual la profesión para el que el trabajador estaba cualificado para desarrollar en el momento del hecho causante de la Incapacidad y a la que puede destinarle la empresa en aplicación de la movilidad ordinaria, dentro de la categoría.

Cuando se reconocía la Incapacidad permanente para la profesión habitual y el trabajador podía seguir realizando luego otras funciones aun dentro de su profesión se planteaba si podía compatibilizar la pensión con las últimas actividades o funciones.

Y ahí es donde se observaba una laguna legal importante, pues la cuestión distaba de ser totalmente clara; es decir, **si la definición (y pensión) de incapacidad permanente para la profesión habitual era compatible con actividades accesorias o complementarias u otras no realizadas, aun propias de su profesión habitual**. El art. 141 del TRLGSS no respondía a la cuestión pues se limitaba a establecer que en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente. Pero no precisaba si ese salario derivaba de realizar una profesión distinta o también unas funciones distintas aun dentro de la misma profesión.

La ley 27/2011 clarifica este aspecto sobre las citadas actividades accesorias o complementarias y las propias de su profesión habitual, pero que no haya desarrollado al reconocerse la incapacidad permanente para la profesión habitual. Viene a añadir- en lugar de esperar al desarrollo reglamentario- la siguiente condición o requisito para esta compatibilidad: **que las funciones no coincidan** con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total, por lo que cabe la declaración de una Incapacidad permanente para la profesión habitual y realizar unas segundas funciones de su profesión **siempre que no las hubiera estado llevando a cabo antes, aunque formen parte de su profesión habitual**.

Esta modificación va a la contra de algunas resoluciones jurisprudenciales, como las que se vieron más arriba, según las cuales la norma legal habla de profesión habitual, de categoría profesional, pero no de puesto de trabajo o actividades concretas, que no agotan todas las de la profesión.

La reforma evidentemente no afecta a la posibilidad de realizar una actividad distinta de su profesión habitual, aun en la misma empresa<sup>8</sup>. Se refiere a un concreta profesión o

---

<sup>7</sup> STS de 12 de febrero de 2003, 23 de febrero de 2006. En este segundo caso se trataba de un policía local y se discutía si eran las propias o sólo las de segunda actividad que eran las que en ese momento se encontraba realizando sin ningún problema. Según el Tribunal Supremo han de tomarse en cuenta todas ellas.

<sup>8</sup> STS de 28 de enero de 2002, 28 de julio de 2003, 15 de octubre de 2004, y aun parecida pero como autónomo (STS de 18 y 28 de enero de 2004). También, si bien se trata de una actividad de otro régimen de Seguridad Social (por ejemplo, en STS de 27 de enero de 2005 en un caso de

actividad y no a profesión distinta, aun cuando teóricamente se considere que las nuevas actividades sean incompatibles con las lesiones que justificaron la calificación como incapacitado permanente, pues según la jurisprudencia no es necesario verificar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta le inhabilitan también para las tareas básicas de la nueva profesión<sup>9</sup>, aun cuando las funciones pudieran no ser muy diferentes. Será, por tanto, compatible con el trabajo desempeñado en una profesión distinta, existiendo la posibilidad de reducirse el salario que pueda percibir el trabajador en la misma o distinta empresa (art. 141.1 LGSS, 24.3 Orden de 15 de abril de 1969).

Otra cuestión es que la categoría nueva exija capacidades que se supone que no son diferentes de las que dieron lugar a la IP Total. Así, por un secretario de ayuntamiento en IP total que pasa a desempeñar funciones como Técnico de Administración, pese a lo cual se considera compatible por la jurisprudencia<sup>10</sup>.

La modificación introducida por la ley 27/2011 afecta de manera importante y especial a los colectivos de de Cuerpos del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, adscritos al Régimen General de la Seguridad Social, que tras incapacidad permanente total para la profesión que ejercían de alto riesgo, pueden compatibilizar con el desarrollo de la segunda actividad (bomberos, policías, etc.).

Lo cierto es que el derecho a cambio de puesto y a la realización de una segunda actividad se contempla en algunas normas estatales y autonómicas en relación con cuerpos de policía por edad o por insuficiencia de aptitudes para las tareas principales. Así, en el art. 16.4 ley 2/1986 de 13 de marzo de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y en especial en la ley 26/1994 de 29 de septiembre (art.5) y el RD 1556/1995 de 21 de septiembre para el Cuerpo Nacional de Policía que regulan el pase a la segunda actividad.

En caso de insuficiencia de las aptitudes psicofísicas el art. 6 de la ley 26/1994 exige que la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente.

En las leyes autonómicas, a veces también se contempla esta figura (por ejemplo, la ley 6/1999 de 19 de abril y Decreto 19/2003 de 4 de marzo en la C.Valenciana).

También el artículo 78.3 del EBEP prevé la movilidad y consiguiente provisión de puestos de trabajo que se produzca por motivos de salud o rehabilitación del funcionario. Así, cabe la movilidad por razones de salud y rehabilitación del funcionario, su cónyuge o hijos, a otro puesto de trabajo que se encuentre vacante, dotado presupuestariamente, de necesaria provisión, de distinta unidad administrativa, en la misma o distinta localidad, que no suponga un complemento de destino o específico superior al de origen, previa solicitud del funcionario afectado y previo

---

un autónomo del RETA declarado Incapacitado permanente total que trabajó luego en el REASS).

<sup>9</sup> Así, se plantea entre las funciones de mozo de almacén para las que se le declara en IP Total y las que lleva a cabo luego como Oficial de primera electricista que se declaran compatibles en STS 6/2/2007 (Rec.4854/05)..

<sup>10</sup> STS de 12 de enero de 2007, (Rec.4045/05).

informe médico o, en caso de que sea el afectado el propio funcionario, el informe del Servicio de prevención<sup>11</sup>.

**La cuestión es si en estos casos se trata de situaciones que dan lugar a la incapacidad permanente.** Cuando los funcionarios se encuentran encuadrados en el Régimen general de la Seguridad Social, se plantea, de un lado, si a efectos del pase a la segunda actividad basta con una declaración previa de Incapacidad permanente total para la profesión habitual. Para alguna doctrina judicial de lo contencioso es perfectamente compatible pues la IP total no impediría todas las funciones por lo que la IP no sería alternativa a la segunda actividad sino que podían acumularse<sup>12</sup>. Sin embargo, se aborda esta cuestión desde el punto de vista de la gestión del personal sin que ello vinculara al INSS, para el que el pase a la segunda actividad no serviría por sí mismo para el reconocimiento de una IP parcial o total<sup>13</sup>.

Hay leyes autonómicas de función pública que contemplan el cambio de puesto, la reubicación del funcionario en otro puesto, por especial sensibilidad, o por motivos de salud, disminución de capacidad, y lo condicionan a que no se haya reconocido una Incapacidad permanente<sup>14</sup>. Es decir, se trata de medidas alternativas e incompatibles con **la declaración de incapacidad laboral permanente**. Por ello, el hecho de que se esté tramitando al interesado expediente de incapacidad no impedirá la tramitación de este procedimiento, pero si recayese resolución declarando la incapacidad laboral permanente, ello comportará el decaimiento de su derecho, dictándose resolución dando por finalizado el procedimiento, o dejando sin efecto el cambio de funciones o la adscripción que se hubiera efectuado, según proceda.

En cambio, las cláusulas de algunos convenios colectivos de personal laboral de las Administraciones Públicas<sup>15</sup>, que suelen contener cambio de puesto de trabajo o

---

<sup>11</sup> Tras la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, el RD 255/2006, de 3 de marzo, que añade el art. 66 bis al RD 364/1995, de 10 de marzo, esto es, al Reglamento General de Ingreso y Provisión de puestos de trabajo en la Administración Civil del Estado.

<sup>12</sup> STSJ C. Valenciana contencioso-administrativo 1232/ 2003 de 28 de junio, (Rec.575/01), 15 de julio de 2004, (Rec.1716/2001), 992/2005 de 12 de septiembre.

<sup>13</sup> STSJ País Vasco- social- de 30 de abril de 2002, Extremadura 15 de octubre de 2004 (Rec.548/2004), C. Valenciana 15 de enero de 2003 (Rec. 1860/1999).

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la ley valenciana de 24 de octubre de 1995, modificada por ley 16/2003, desarrollada por Decreto 106/2005 de 3 de junio, cuyo art. 10 contempla las medidas de cambio de funciones o de puesto de trabajo como alternativas e incompatibles con la declaración de incapacidad permanente. La referencia debe entenderse realizada hoy a la ley de función pública valenciana 10 /2010 de 9 de julio, art. 108 que se refiere a motivos de salud, que hay que interpretar en un sentido amplio incluyendo también especial sensibilidad a los riesgos laborales).

<sup>15</sup> Así, el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la administración general del estado (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de noviembre de 2009) establece en sus arts. 63 y 64 la posibilidad genérica de movilidad por disminución de la capacidad del trabajador a puestos de trabajo de igual o inferior grupo profesional. Asimismo, se establece la posibilidad específica de solicitar en el plazo de dos meses, desde la declaración de una incapacidad permanente total del trabajador, el cambio de puesto de trabajo a otro más adecuado a la nueva situación del trabajador de igual o inferior grupo profesional con las garantías establecidas en el art. 25 de la LPRL.

reubicación por capacidad disminuida, se refieren a situaciones en que se ha declarado la incapacidad permanente total. Con una regulación muy detallada de la adscripción al permitir que pueda ser de la misma categoría profesional o grupo, o distinta, del mismo o inferior nivel retributivo, etc.

Tras la ley 27/2011 para facilitar el pase a la segunda actividad de los Cuerpos citados se modifica con carácter general el propio concepto de incapacidad permanente total para la profesión habitual que, al restringirse, permite acumular pensión y salario en otro puesto, aun dentro de la misma profesión, cuyas funciones no haya desempeñado antes, lo que no acaba de justificarse dada la finalidad de la pensión de sustituir rentas de activo.

En lugar de no proceder al reconocimiento de la pensión, de manera que la segunda actividad fuera alternativa a la propia Incapacidad permanente, como se contempla en ocasiones para las modificaciones o cambios de puestos en trabajadores sensibles, se acaba trasladando a la Seguridad Social, a la pensión de Incapacidad permanente total, los costes (fundamentalmente, las diferencias retributivas) de los cambios de puesto de trabajo, esto es, el pase a una segunda actividad para poder seguir desempeñando funciones propias de su profesión, pero con retribuciones inferiores.

El art.8 (Clasificación profesional) del RDL 3/2012 sobre medidas urgentes de reforma del mercado laboral suprime el concepto de categoría profesional e incluso el de categoría profesional equivalente para contemplar únicamente el de grupo profesional. Modifica el art.22 del ET según el cual “se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas **tareas**, funciones, especialidades profesionales o **responsabilidades** asignadas al trabajador” , Y además establece que ya no se contempla la categoría profesional pactada sino el grupo profesional en el momento de la contratación: “por acuerdo entre el trabajador y el empresario **se asignará al trabajador un grupo profesional** y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.»

Cabe plantear si esta nueva regulación afectará a la forma de determinar la incapacidad permanente. Entendemos que la respuesta debe ser negativa pues no se ha modificado en este punto lo establecido en la LGSS tras la ley 27/2011.

## 2. LAS RELACIONES ENTRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O GRAN INCAPACIDAD Y EL TRABAJO.

La ley 27/2011 viene a modificar, asimismo, el régimen de compatibilidad entre el trabajo y la percepción de la pensión de incapacidad permanente.

Este punto ha sido desde el inicio una fuente de litigios, tanto en el art. 138 de la LGSS de 1974, como en el actual art. 141.2 de la LGSS. En efecto, estos preceptos establecen de forma ambigua y genérica que las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán 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. Al leer las definiciones de dichos grados de incapacidad permanente, se establece de forma completamente antagónica al régimen de compatibilidad que se acaba de relatar que los grados citados inhabilitarán por completo al trabajador para toda profesión u oficio<sup>16</sup>, estableciendo la imposibilidad de ejercicio de cualquier trabajo. Hasta el punto que en un principio, la primera jurisprudencia del TS, solucionó la aparente contradicción llevando a cabo una interpretación sistemática de ambos preceptos y llegando a la conclusión de que las actividades compatibles no pueden ser las mismas que el trabajador venía realizando cuando surgió la contingencia determinante de la incapacidad absoluta, sino que deben ser de otro orden, adjetivo, marginal o intrascendente<sup>17</sup> que, en manera alguna, comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sean éstos, pues a todos ellos incluye tales grados de invalidez<sup>18</sup>. Es decir, han de tratarse, en definitiva, como señaló la doctrina, de actividades que no pueden ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo por razones varias, incluidas las que afectan al modo o condiciones en que el trabajo se desarrollaría, dadas las especiales circunstancias que concurren en el eventual sujeto de la prestación<sup>19</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha cambiado su posición y ha admitido recientemente que si no se produce un cambio o revisión, sino que se trata de una actividad completamente nueva, realizable aun a tiempo completo, ésta es compatible con la pensión<sup>20</sup>. Incluso en caso de Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Como recuerda la STS de 14 de octubre de 2009 (Rec.3429/2008)<sup>21</sup> la cuestión planteada consiste en interpretar el artículo 141.2 de la LGSS y determinar qué actividades son compatibles con el cobro de una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez. La controversia ha sido resuelta en favor de la compatibilidad. Frente a la consideración del art. 137.5 de la LGSS (inhabilitación completa para toda profesión u oficio) la literalidad del precepto -art. 141.2 LGSS/94 – parece más flexible y apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión [«la pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles»], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida. Alega, incomprensiblemente, que la opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT, legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido, que al incapaz declarado en IPA, al que se le negaría toda actividad -e ingresos extramuros de la marginalidad con lo que la incompatibilidad tendría un

---

<sup>16</sup> Véase, LOPEZ TARRUELA, F. y VIQUEIRA PEREZ, C., “El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo”, Madrid, 1991, pág. 41 y ALVAREZ CORTES, J.C. y ALONSO RUSSI, E., “Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, Temas Laborales, nº. 106, 2010, pág. 251.

<sup>17</sup> SSTS de 20 de diciembre de 1985 y 13 de mayo de 1986,. 26 de marzo de 1998, STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2001.

<sup>18</sup> SSTS de 26 de enero y 7 de marzo de 1989.

<sup>19</sup> MARTIN PUEBLA, E., “La protección social del incapacidad permanente para el trabajo”, Granada, 2000, pág. 123 y RON LATAS, R.P., “La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social”, Madrid, 2000, pág. 77.

<sup>20</sup> STS de 30 de enero de 2008 (Rec.480/2007), 10 de noviembre de 2008, (Rec.56/2008), 23 de abril de 2009, (Rec.2512/2008) y 14 de octubre de 2009 (Rec.3429/2008).

<sup>21</sup> Que sigue las sentencias también del TS de 30 enero y 10 noviembre de 2008 (Rec. 480/2007 y 56/2008 respectivamente).

cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en Incapacidad permanente Absoluta o Gran Invalidez al producirse la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario lo que privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo - psicofísico- por parte del inválido.

Este planteamiento cobra pleno vigor, según esta jurisprudencia, si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

El planteamiento contrario se había seguido por la Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social que preveía la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el perceptor de Incapacidad Permanente ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, «en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla [prestación por incapacidad permanente], cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social ».

Pero para la jurisprudencia citada estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas «ultra vires» de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS que no se remite a desarrollo reglamentario alguno y -por lo mismo- ineficaces.

No obstante, lo cierto es que la compatibilidad con el trabajo se ha construido legalmente, pese a su aparente imprecisión y la necesidad de una reforma del art. 141 de la LGSS, como algo excepcional y con características especiales en cuanto a la forma de desempeño (horario, lugar de trabajo, contenido de las tareas), muy próximo al trabajo marginal, no lucrativo, y lejano de un trabajo común a jornada completa que incluya el núcleo funcional de una profesión u oficio. No resulta, por otra parte, tal incompatibilidad contraria al derecho al trabajo pues siempre cabe la opción entre pensión y trabajo. Por otra parte, el art. 141.2 de la LGSS no puede interpretarse de manera aislada, sino que debe hacerse en relación con los conceptos de incapacidad permanente y subordinado a la propia definición de los grados que lleva a cabo el art. 137 de la LGSS<sup>22</sup>: es lógico que el incapacitado permanente total pueda trabajar en otra profesión u oficio, pero ya no lo es tanto el absoluto o gran inválido pues entonces no habría diferencia alguna de grado. No parece justificado, finalmente, que si las lesiones no se han agravado, pero permiten ahora una actividad laboral, no quepa revisión de la propia Incapacidad permanente.

**El art.3.3. de la ley 27/2011, en lugar de haber precisado algo más modificando el**

---

<sup>22</sup> GONZALEZ ORTEGA. S. “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias” en AGUSTI JULIA; J: y FARGAS; J:, (Coord.) “*La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*” Albacete, Bomarzo, 2010, p.194. y ÁLVAREZ CORTES, J.C. y ALONSO RUSSI, E., “Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, op. cit.

**art. 141 de la LGSS, ha venido implícitamente a reconocer esta interpretación jurisprudencial, a darle carta de naturaleza, y, a la vez, a limitarla mediante la equiparación con la jubilación.** No viene a alterar tal interpretación jurisprudencial, sino que sólo **establece limitaciones cuando se alcance la edad de jubilación** que corresponda, al equiparar en este punto Incapacidad permanente absoluta y Gran Invalidez con jubilación. De este modo se mantiene implícitamente la compatibilidad con el trabajo en los términos establecidos en el art. 141.2 de la LGSS (“Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán 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”), pero sólo hasta que alcance la edad de jubilación. Así, “el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley”. Y según el apartado 4 en el artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social (tras la Disposición adicional trigésima primera de la ley 27/2011) **el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual.** Y además quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social, aunque tales actividades tampoco generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

La equiparación con la jubilación no impide que se establezcan **fechas diferentes de entrada en vigor** de ambos preceptos. Mientras que la disposición adicional trigésima primera (complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación) entró en vigor el día 2 de agosto de 2011, sin embargo, la misma regulación para incapacidad permanente (art.3. apartado 3 de la ley 27/2011) entrará en vigor el día 1 de enero de 2014.

Interpretado este precepto en sentido contrario, podría deducirse que queda reforzada la compatibilidad del trabajo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, del pensionista de incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez, siempre que no haya alcanzado la edad de jubilación. Tras la edad de jubilación, sea o no de carácter ocasional o esporádico, no podrá proporcionar ingresos superiores al SMI. No parecería lógico que lo que cabe tras la edad de jubilación no fuera posible antes de la misma. Y además sin las limitaciones del SMI. Por esta razón debería haberse contemplado alguna previsión en la ley 27/2011 que permitiera la revisión del grado de Incapacidad permanente absoluta antes de los 65 años.

### 3. LA EDAD DE JUBILACION Y BASE REGULADORA DE LA IP TOTAL Y ABSOLUTA POR CONTINGENCIAS COMUNES

El art. 3.1 de la ley 27/2011 incide sólo técnicamente en esta prestación, pues se limita a dar una nueva redacción a la letra b) del apartado 1 y al apartado 4 del artículo 140 para adecuarla a las nuevas edades de jubilación del art. 163 apartado 1 de la LGSS. De este modo en cuanto a los años a toma en cuenta se consideran a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento.

#### 4. BASE REGULADORA E INTEGRACIÓN DE LAGUNAS

La modificación del régimen jurídico de integración de lagunas de la jubilación (vide supra) afecta también a las lagunas de cotización en la base reguladora de la Incapacidad permanente. Tras el art. 3 de la ley 27/2011 la nueva redacción del artículo 140.4 es similar a la del art.162.2 de la LGSS para jubilación (vide supra).

No obstante, en el régimen de integración de lagunas en IP se dan ciertas especialidades. En IP no se aplica el mecanismo de integración de lagunas con la base mínima cuando se trate de la antigua Invalidez provisional o actual prórroga de efectos de IT pues en ese caso la calificación corresponde a la Administración que fija los tiempos y su decisión no puede perjudicar al trabajador. El mal funcionamiento de la gestión y los retrasos en la calificación de la Incapacidad Permanente cuando se parte de una IT no debe perjudicar al trabajador. En tal caso la jurisprudencia<sup>23</sup> entiende que el concepto de “hecho causante” permite una hermenéutica abierta a estos efectos, por lo que ha de adoptarse le fecha del accidente o enfermedad, esto es, la de la contingencia, a efectos del requisito del alta, del periodo de cotización y también del cálculo de la base reguladora. De ahí que se compute la cotización hasta el agotamiento de la IT, no ya la de la prórroga de efectos.

No obstante, la jurisprudencia más reciente precisamente por ello parece limitar el alcance de esta teoría sólo a estos casos y no a todas situaciones asimiladas al alta sin obligación de cotizar (STS de 1 de octubre de 2002), pues precisamente la teoría del paréntesis se generó para los periodos de la antigua Invalidez provisional por su relación con la Incapacidad permanente y no para las situaciones que no se dan en un contexto de sucesión de IT y prórroga de efectos del art. 131.bis e Incapacidad permanente y no, por ejemplo, para situaciones de IT técnica<sup>24</sup>.

La Ley 52/2003 (art. 13 citado) remite en tales casos al art. 140.1, 2 y 4 de la LGSS y por tanto en situaciones asimiladas al alta sin obligación de cotizar, salvo en Invalidez provisional o prórroga de efectos, se tomará la base mínima y en principio cabría pensar que no se aplicará la teoría del paréntesis. Se vendría así a equiparar en este punto la Incapacidad permanente con la Jubilación en la que las lagunas de cotización, sea por periodos de baja o de alta sin cotización, se cubren con la base mínima de mayores de 18 años desde la reforma de 1997 (art. 4.4 del RD 1647/1997 de 31 de octubre) que no se extendió en aquel momento a la IP.

#### 5. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

El art. 3.4 de la ley 27/2011 introduce una nueva disposición adicional que se refiere a estas lesiones. Se trata de una disposición más bien de tipo programático, totalmente innecesaria, al establecer que el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a actualizar los importes, según baremo, de las lesiones permanentes no invalidantes,

---

<sup>23</sup> STS 7 de febrero, 16 y 25 de mayo, 14 y 27 de junio, 17 y 18 de julio, 27 de noviembre, 4,5, 7, 10 de diciembre de 2000 y 5 y 14 de febrero, 13 de marzo, 16 de mayo,14 de junio, 18 de septiembre,5, 12, 19 de noviembre y 14 de diciembre de 2001,30 de mayo de 2002, retomando la línea de las SSTS de 12 de noviembre de 1992, 10 de diciembre de 1993, 24 de octubre de 1994 y 9 de octubre de 1995, frente a la tesis de STS de 18 de junio de 1994.

<sup>24</sup> Esto es, tras extinción del contrato de trabajo (STS del 1 de octubre de 2002).

derivadas de contingencias profesionales, reconocidas por la Seguridad Social. Lo cierto es que el Ministerio no precisa de tal autorización legal para actualizar las cuantías indemnizatorias correspondientes a estas lesiones, como lo ha hecho en otras ocasiones mediante Orden ministerial.

## **V.VIUDEDAD Y ORFANDAD**

### **I. VIUDEDAD**

#### **1.PORCENTAJE A APLICAR A LA BASE REGULADORA**

La disposición adicional trigésima de la ley 27/2011 tiene como finalidad trasladar a la normativa de la Seguridad Social la recomendación número 13 del Pacto de Toledo, en relación a la necesidad de **mejora de la acción protectora de la pensión de viudedad en los beneficiarios mayores de 65 años en que esta pensión sea su principal fuente de ingresos**. De esta forma, tal y como recomienda el Pacto de Toledo se incrementa el porcentaje de la base reguladora, del actual 52% al 60% que se utiliza para calcular la pensión de viudedad de forma gradual en ocho años a partir del 1 de enero de 2012.

El porcentaje de la pensión cuando se tenga más de 65 años tras la ley 27/2011 sigue en principio este **esquema “asistencializador”**.

No obstante, la aplicación de esta medida ha quedado suspendida por el RDL 20/2011 de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público en su disp. adicional 9ª que establece el aplazamiento de la aplicación de la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social sin indicar fecha alguna.

Al mismo tiempo se encarga al Gobierno regular un mecanismo corrector que permita una mayor progresividad en la tributación en el impuesto sobre el impuesto de las personas físicas hasta un importe equivalente a la pensión mínima de viudedad, en el caso de pensiones de viudedad que se acumulen exclusivamente con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones.

#### **2.VIUDEDAD Y PENSION COMPENSATORIA**

La ley 27/2011 modifica la disposición transitoria decimoctava del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, lo que afecta a la excepción contemplada en la misma del requisito de la pensión compensatoria para tender derecho a la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio y que además quede extinguida a la muerte del causante.

Tras la **ley 40/2007** se introdujo un nuevo requisito para tener derecho a la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio. Según el art. 174.2 de la LGSS, en los casos de separación o divorcio se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean **acreedoras de la pensión compensatoria** a que se refiere el art. 97

del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

Tal requisito difícilmente permitía una interpretación amplia de manera que se tuviera derecho en caso de que se hubieran pactado otras contraprestaciones que no fueran la pensión compensatoria pero que cumplieran idéntica finalidad. Además se entendía que era un requisito claro e insustituible, que no vulneraba la seguridad jurídica (art. 9 Const.) ni suponía una discriminación<sup>25</sup>. Y se planteaba también si bastaba con ser acreedor a la misma aunque no se hubiera podido percibir.

Otro grave inconveniente es que afectaba a situaciones ya irreversibles de convenio reguladores en separación o divorcio anteriores a la fecha de entrada en vigor de la ley 40/2007 que obviamente no pudieron tener en cuenta la trascendencia e importancia de la pensión compensatoria.

Tampoco parecía tener en cuenta situaciones en las que no era razonable exigir tal acuerdo, como en caso de mujer víctima de violencia de género en el momento de la separación o divorcio. Puede que en tales situaciones en el convenio regulador se hubiera renunciado a la pensión compensatoria como consecuencia de la situación de violencia en que se desarrollaba la situación.

Por esta razón el precepto ha sufrido varias modificaciones siendo la que introduce la ley 27/2011 una más en esa escala normativa que viene a paliar la rigidez y la precipitación con la que se intervino en 2007.

Así, la **Ley 26/2009 de 23 de diciembre (LPE para 2010) disp. final** añadió una nueva Disposición transitoria decimoctava al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

Según esta nueva disposición el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

---

<sup>25</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2010, STSJ País Vasco de 19 de enero y 2 de febrero de 2010, 24 de marzo, 26 de mayo, 6 de octubre, 29 de septiembre, 28 de abril de 2009, Madrid 15 y 13 de julio de 2009, Asturias 13 de marzo de 2009, Andalucía/Sevilla de 4 de marzo de 2010, Asturias de 13 de marzo de 2009, R. 2787/2008, entre otras.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

Por otro lado la citada ley 26/2009 vino a recoger la doctrina judicial que en caso de **víctima de violencia de género** en el momento de la separación o divorcio entendió que no era exigible el requisito de la pensión compensatoria<sup>26</sup>, si bien limitándose sólo a ese supuesto (lo que impedía unificar las sentencias en supuestos comunes según STS de 26 de octubre de 2009, Rec. 1667/2009). La doctrina de la STSJ Cantabria citada justificó la interpretación del art.174 de la LGSS de acuerdo con los valores y objetivos de la Ley Orgánica Integral contra la violencia de género 1/2004, por lo que la inexistencia de pensión compensatoria en el Convenio Regulador acompañado con la demanda de separación, no puede ser obstáculo para el reconocimiento de la pensión de viudedad.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria de la ley 27/2011 será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2 de esta Ley. Y esta disposición es en la que se basa la STS de 26 de enero de 2011 (Rec. 4587/2009) en caso de víctima de violencia de género para hechos causantes posteriores a la vigencia de la ley 40/2007.

La ley 27/2011 modifica esta disposición transitoria decimoctava al añadirle un nuevo apartado 2. Según este nuevo apartado también tendrán derecho a la pensión de viudedad 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**. La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior.

En la línea de proteger más a los pensionistas de viudedad de 65 o más años (al igual que en el porcentaje del 60 %) exime del requisito de la existencia de la pensión compensatoria a separados y divorciados **sin condicionarlo a que entre la fecha del**

---

<sup>26</sup> STSJ Cantabria 22/1/2009, (R.1108/2008), entre otras, aunque en contra STSJ de Madrid el 28 de octubre de 2009, (Rec.2537/2009).

**divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, ni a la existencia de hijos comunes del matrimonio, sino a que, a cambio, el vínculo matrimonial haya tenido una duración no ya la mínima de diez años, sino la de quince años, y la edad sea de 65 o más años.**

Nos encontramos, por tanto, con dos colectivos: los mayores de 50 años y los de 65 o más años con requisitos distintos.

### **1) Mayores de 50 años**

- Supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.
- Cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años.
- Siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años.
- La existencia de hijos comunes del matrimonio.
- Caso de no existir hijos comunes que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

### **2) Con 65 años o más**

- Personas con 65 o más años.
- Que no reúnan los requisitos anteriores para los de más de 50 años
- No tengan derecho a otra pensión pública.
- La duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años.

No obstante, cabe plantear si el régimen jurídico debe ser el mismo para ambos supuestos, salvo las diferencias de requisitos. Es decir, si al nuevo supuesto resultan aplicables las demás previsiones del apartado primero.

Así, en primer lugar, si la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Lo que significa que ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, sin que se garantice, en todo caso, el 40 % a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad. Sin embargo, tampoco verá garantizada la integridad de la pensión en caso de que no haya concurrencia de beneficiarios sino sólo la parte proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido (art. 174.2 de la LGSS anterior a la ley 40/2007).

En segundo lugar, si se aplicará también a hechos causantes posteriores al 1 de enero de 2008 y anteriores a la ley 27/2011.

A favor de la aplicación puede alegarse la identidad de situaciones y de la finalidad de la norma de reparar o atenuar algunos de los aspectos más duros de la ley 40/2007. También de que el apartado segundo forma unidad con el primero y se remite al apartado primero de la disp. trans. 18ª, es decir, a *“personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo”*. Y sobre todo cuando dice que *“la pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior”*.

Cabría concluir, por tanto, que el interesado al que se le negó en su día la pensión podrá volver a la solicitarla de nuevo, si reúne los nuevos requisitos, si bien no con efectos retroactivos (no los prevé la ley), sino a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

La remisión del apartado segundo a las personas del apartado primero requiere, sin embargo, adaptar las fechas a la entrada en vigor de cada norma que crea el derecho. El apartado primero establece que lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, al introducirse por la ley 26/2009. Por las mismas razones lo establecido en el apartado segundo debe extenderse a los hechos causantes que se produzcan a partir de 1 de enero de 2009 hasta el 1 de enero de 2013, fecha, por lo demás incomprensible e injustificable, de entrada de esta disposición transitoria (disposición final duodécima de la ley 27/2011).

### 3. REFORMULACIÓN DE LA PENSIÓN

Pese a que la Exposición de Motivos de la ley 27/2011 dice que la disposición adicional primera de la ley prevé que en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y para los ejercicios siguientes, se incluirán las previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, se refiere a la disposición adicional que se incluía en el proyecto de ley, pero que no ha pasado al texto final de la ley con toda justificación, pues no parecía que una reforma de tal importancia como la reformulación de las citadas prestaciones se llevara a cabo mediante leyes de presupuestos.

## II. ORFANDAD

El art. 175. 1 y 2 de la LGSS regula los requisitos de edad para la pensión de orfandad y establece tras la ley 40/2007 art. 5.4. ter) que en los casos en que el hijo causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el SMI, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 22 años o de 24, si no sobreviviera ninguno de los dos padres o el huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33%.

Pese a la modificación reciente, en 2007, las edades seguían siendo poco realistas en relación con la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo. Además, su cuantía es baja. Las pensiones de orfandad suponen el 3'1 % del total de las pensiones y su cuantía media es de 350'83 euros al mes, es decir el 25'9 % del salario medio.

Por esta razón la Ley 27/2011 en su disposición adicional primera da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 175 de la LGSS modificando la edad hasta la cual el huérfano puede ser titular del derecho a la pensión de orfandad.

- 1) En la redacción anterior tenían derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean **menores de dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo.**

Tras la ley 27/2011 tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean **menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo.**

- 2) En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha de fallecimiento del causante, aquél fuera **menor de 25 años.**

Antes se distinguía:

- **menor de 22 años,**

-o **menor de 24 años,** si no sobreviviera ninguno de los dos padres (orfandad absoluta) o el huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33 %.

Ahora se unifican todos ellos en los 25 años.

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.»

Antes tal derecho sólo se reconocía en caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico (tras disp. ad. 48.6 de la LPE para 2006).

- 3) La aplicación de esta nueva edad en caso de orfandad simple del art. 175.2 de la LGSS será gradual. Según la disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 27/2011, se aplicará de manera paulatina el

límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad, en los casos en los que el huérfano no trabaje y se de orfandad simple. En los casos previstos en el apartado 2 del artículo 175 de esta Ley, cuando sobreviva uno de los progenitores, el límite de edad determinante de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad, será plenamente aplicable a partir **de 1 de enero de 2014**. Durante **el año 2012**, será de veintitrés años, y durante **el año 2013**, de veinticuatro años.

Se actualiza también de este modo la disp. trans. sexta bis que había quedado ya desfasada pues se refería a las modificaciones de 1977 sobre la edad tras la ley 24/1997 (art. 10.2).

## **VI.PERMISO DE PATERNIDAD**

EL RDL 20/2011 de 30 de diciembre modifica la ley 9/2009 de 6 de octubre de ampliación del permiso de paternidad aplazando su entrada en vigor a 1 de enero de 2013.

## **VII.TRABAJO A TIEMPO PARCIAL**

En la ley 27/2011 en materia de trabajo a tiempo parcial se recogen dos grandes compromisos para 2013. El más importante de ellos se refiere a un proyecto de ley para mejorar la condición de los periodos cotizados por trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. En el texto, aunque no se habla de asimilación al trabajo a tiempo completo, se fija la obligación de mejorar y elevar los coeficientes multiplicadores para los trabajadores contratados a tiempo parcial tanto para la pensión de jubilación como para la de incapacidad permanente.

Dentro del tratamiento del tiempo parcial en los sistemas de protección social y por tanto también en el español la reforma de 2011 sigue la línea **promocional** iniciada en 1998, frente al **estrictamente contributivo**<sup>27</sup>.

Así, el **modelo estrictamente contributivo**, que procede a computar sin más las horas cotizadas para alcanzar un día de cotización, se contempló en el art. 12 del ET, que recogía el modelo previsto en el RD 2319/1993.

Sin embargo, el modelo estrictamente contributivo ha sido puesto en cuestión por las STC 253/2004 de 22 de diciembre y 49/2005 de 14 de marzo que declararon inconstitucional los art. 12.4 y 12.3 respectivamente del ET cuando establecen que “para determinar los periodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las

---

<sup>27</sup> Por todos, LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI GIMENEZ, D.. “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos”, Albacete, Bomarzo 2010 y LOPEZ GANDIA, J. “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” RDS n.47/2009, pp. 173-182.

prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo se computarán exclusivamente las horas trabajadas”.

La STC 49/2005 viene a alterar la doctrina contenida en la jurisprudencia precedente<sup>28</sup>, que aplicaba sin cuestionamiento el art. 12.3 del ET y el RD 2319/1993.

Las citadas sentencias del TC de acuerdo con el principio de igualdad entienden que es una exigencia desproporcionada computar solo las horas, y además supone una discriminación indirecta por razón de género de acuerdo con las Directivas comunitarias y la propia jurisprudencia constitucional española. Ello no quiere decir que no juegue el principio de proporcionalidad, sino que tal principio ya jugará a la hora del cálculo de la prestación, por lo que se trata de evitar una doble penalización: en la forma de cálculo de la prestación y además en los requisitos de acceso a la misma<sup>29</sup>.

En cuanto a la perspectiva de la discriminación por razón de género no parece justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de género<sup>30</sup>.

En cuanto a la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la regulación actual cabe afirmar que *mutatis mutandis* la problemática abordada por el Tribunal Constitucional es trasladable a la regulación actualmente vigente. Aunque desde luego se ha reducido el impacto de la norma, y pese a haberse matizado el cómputo con la bonificación citada del 1'5 en algunas prestaciones, puede entenderse afectada por los criterios sentados en la sentencia. La problemática del valor de las cotizaciones a efectos de reunir los periodos de carencia y su constitucionalidad afecta a la regulación actualmente vigente, la disposición adicional 7ª de la LGSS, pese a la reforma de 1998 y pese a que difiera de la regulación precedente. Y, sobre todo si se aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a los periodos de carencia de las prestaciones en las que no hay coeficiente corrector que venga a atenuar o paliar el puro juego de la contributividad, como las de Muerte y Supervivencia, IT y Maternidad y Paternidad.

Sobre esta cuestión hay planteada una cuestión de inconstitucionalidad<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> STS de 22 de diciembre de 1997 (Rec.1687/1997) que en unificación de doctrina seguía las de 12 de mayo y 10 de noviembre de 1997.

<sup>29</sup> Idea no compartida por el voto particular de la STC 253/2004 de 22 de diciembre según el cual “la idea de relacionar conceptualmente dos elementos diferentes de la relación de Seguridad Social (“período de carencia” y “base reguladora de la prestación”), para enjuiciar desde el prisma constitucional de la igualdad uno de ellos, no me parece adecuada”.

<sup>30</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Revista del Poder Judicial, n. 43-44, 1996.

<sup>31</sup> BOE 11 de diciembre de 2006

Mientras tanto la doctrina judicial se ha pronunciado en sentido divergente por lo que ha intervenido el Tribunal Supremo en unificación de doctrina en relación con Incapacidad temporal<sup>32</sup>, Incapacidad Permanente<sup>33</sup> y Jubilación<sup>34</sup>.

El Tribunal Supremo se ha encontrado con doctrina judicial<sup>35</sup> que entiende constitucional la regulación actualmente vigente y que no estaría afectada por la citadas sentencias de 2004 y 2005. Pero también hay una línea doctrinal que se pronuncia en el sentido contrario y sostiene que la regulación de la disposición adicional 7ª sería inconstitucional como ya lo era el art. 12. 3 y 4 del ET de 1995. El Tribunal Supremo se inclina por la primera tesis. Además, no sólo ha procedido a unificar sentencias de TSJ que se referían a idénticas prestaciones, como las mencionadas sobre IT, sino también, como en la STS de 23 de febrero de 2009, sentencias que se refieren a prestaciones distintas, unas relativas a prestaciones que gozan del coeficiente corrector, en los que podría entenderse lógico que hubiera una cierta superación de la tesis del art. 12.4 del ET declarado inconstitucional, y otras relativas a prestaciones, como la IT, en que no hay trato de favor alguno para el tiempo parcial desde este punto de vista, por lo que resulta cuestionable que lo discutido en los dos procedimientos sea idéntico, aunque en ambos casos genéricamente la cuestión se refiera a cómo se computan las cotizaciones derivadas de contrato a tiempo parcial a efectos de completar el periodo de carencia para tener acceso a las prestaciones. Pese a ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto para las prestaciones de IT, como de Incapacidad permanente y Jubilación declara que la disposición adicional 7ª no estaría afectada por la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pese a que para la mayoría de las prestaciones y especialmente para la IT, objeto de pronunciamientos del Tribunal Supremo en 2007, la regulación sea idéntica a la del art. 12.4 del ET. Argumenta el Tribunal Supremo que la nueva regulación del RDL 15/1998, la disposición adicional 7ª de la LGSS, ya establecería reglas propias favorables al trabajo a tiempo parcial, que introducirían mecanismos correctores del puro juego de la contributividad y proporcionalidad y que, además, la doctrina constitucional, pese a referirse a mujeres trabajadoras, no exigiría una equiparación total entre trabajo a tiempo parcial y trabajo a tiempo completo.

Pese a lo que afirma el Tribunal Supremo lo cierto es que no por ello desaparece totalmente la discriminación, y, especialmente en muchas de las prestaciones, por lo que la cuestión de la constitucionalidad de la disposición adicional 7ª de la LGSS se encuentra lejos de estar resuelta. Prueba de ello es la cuestión de inconstitucionalidad planteada en 11 de diciembre de 2006. De ahí que haya doctrina judicial que entienda que, al menos en las prestaciones en que no se contemple un tratamiento diferenciado y específico para el trabajo a tiempo parcial, debería aplicarse la jurisprudencia del

---

<sup>32</sup> STS de 10 de julio, 16 de octubre de 2007 (Rec.3743/2005 y127/2007).

<sup>33</sup> STS de 11 de junio de 2008 (Rec.2706/2007).

<sup>34</sup> STS de 23 de octubre de 2008 (Rec.3289/2007) y 23 de febrero de 2009 (Rec.1299/2008).

<sup>35</sup> Además de las mencionadas en las notas anteriores pueden verse: STSJ Cataluña 12 de abril de 2007, JUR 247863, en pensiones de Incapacidad permanente, 23 de enero de 2007 (dos),( JUR 220115 y 22018) y 5 de junio (JUR 302296) y 12 de julio (As.2883) de 2007 en jubilación, C. Valenciana 8 de febrero de 2007 (JUR 116056), TSJ Andalucía 19 de enero de 2007 (JUR 116425) en jubilación, STSJ Extremadura de 24 de noviembre de 2005 (As.3513), STSJ Castilla-León Burgos 18 de mayo de 2006, (JUR 177733), 14 de noviembre de 2005 (AS.3385), en pensiones de jubilación.

Tribunal Constitucional frente al puro juego de la contributividad de la disposición adicional 7ª de la LGSS<sup>36</sup>.

En este panorama se sitúa **la Disposición adicional vigésima novena de la ley 27/2011** sobre cotización de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos ya mencionada sobre mejora de la consideración de los períodos cotizados por los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos. La ley 27/2011, no obstante, se mueve en los planteamientos actuales. Es decir, el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social sigue limitándose a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. Y, sigue sin abordar si se aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a los periodos de carencia de las prestaciones en las que no hay coeficiente corrector que venga a atenuar o paliar el puro juego de la contributividad, como las de Muerte y Supervivencia, IT y Maternidad y Paternidad. Tampoco aborda o se prevé que aborde, pero debería hacerlo, la forma de cómputo de la ocupación cotizada en desempleo y la discriminación entre **trabajo a tiempo parcial horizontal y trabajo a tiempo parcial vertical**, esto es, según se trabaje a tiempo parcial diariamente, o bien, aunque se trabaje diariamente a tiempo completo, no se trabajan todos los días a la semana, o al mes. En cuanto a la forma diferente de computar los periodos la jurisprudencia en unificación de doctrina se encuentra con el obstáculo del art. 210 LGSS y del art.3.4 del RPD y no los equipara<sup>37</sup>.

Deberían introducirse cambios en este sentido en el futuro proyecto de ley, si se tiene en cuenta, además, que la STJCE 10/6/10 Asuntos C-395/08 y C-396/08. Bruno y Pettini en aplicación de la Directiva 97/81/CE considera discriminatorio un diverso tratamiento en función de la forma de distribuir el tiempo de trabajo, vertical u horizontal, al excluir en el primer caso los períodos no trabajados. Según la sentencia en relación con las pensiones de jubilación, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

Una medida contraria a esta línea se daría con el RDL 3/2012 en cuanto a la forma de computar la **cotización por horas extraordinarias**, al no computar para el periodo de carencia. Lo que supone una diferencia de tratamiento en relación con las horas complementarias.

---

<sup>36</sup> De ahí que la STSJ Galicia de 17 de noviembre de 2006 (Rec.902/2006) la aplique en un supuesto de IT, al no aplicarse a esta prestación el coeficiente corrector del 1'5. Lo mismo establece para el cómputo de la propia prestación de IT a tiempo parcial como periodo cotizado completo la STSJ Cataluña de 20 de abril de 2005 (AS.1275). En contra, en cambio, TSJ Cataluña de 22 de enero de 2008 (Rec.897/05). Incluso en IT la STSJ Cataluña de 22 de enero de 2008 (Rec.897/2005), pese a que esta prestación no disfruta del incremento o proporcionalidad "corregida". Tampoco la TSJ Cataluña 1 de febrero de 2007 (JUR 219192) la tuvo en cuenta en un supuesto de Maternidad.

<sup>37</sup> STS 3 de noviembre de 1994, (RJ 8589) y STS de 13 de febrero de 2007 (RJ 1777) y 16 de marzo de 2007 (RJ 3244)

## VII.COMPUTO DE PERIODOS DE FORMACION

El ingreso tardío en el mercado de trabajo es un problema importante para los sistemas de protección social, a que hace referencia el Libro Verde y también el ASE, el Pacto de Toledo renovado en 2011 y la ley 27/2011. Muchas veces eso se produce a causa de los periodos de formación. Lo que da lugar a que las carreras de cotización sean menos largas que en otras épocas en que la mayoría de los jóvenes empezaban a trabajar a edades muy tempranas.

El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral porque los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo y, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones. Pero lo grave no es el ingreso tardío en el mercado de trabajo sino el propio sistema contributivo, pues la propia entrada en el mercado de trabajo cada vez se produce con más frecuencia a través de la participación de los jóvenes en programas formativos o de investigación, en algunas ocasiones sin la correspondiente protección social.

De ahí que en el ASE se plantearan las siguientes medidas:

- Los programas formativos, de formación profesional, o universitarios, gozarán de la misma protección que los contratos formativos, con las mismas limitaciones temporales, y los entes y empresas que los financien deberán cotizar a la Seguridad Social por los beneficiarios en los mismos términos.
- Se eliminarán las restricciones que al inicio en la cotización de Seguridad Social pueda producirse a través de programas formativos o de investigación (no se requerirá actividad laboral previa para la suscripción de convenio especial).
- Para aquellas circunstancias en que sea necesario (por ejemplo, trabajos en el extranjero) se posibilitará la formalización de convenios especiales por la participación en programas de formación e investigación remunerados.
- Se permitirá el pago de cotizaciones, por una única vez y por un plazo no superior a dos años, por las situaciones en las que existe obligación de cotizar en la actualidad, y en las que en el periodo de cuatro años previos a la promulgación de la ley, al no existir, provocó una amplia laguna de cotización en los años iniciales de la vida laboral de los cotizantes.
- Se establecerán mecanismos de evaluación y seguimiento de las modificaciones enunciadas.

De otro lado, la modificación de la edad de jubilación y las mayores exigencias de cotización derivadas de los nuevos porcentajes, lleva por ello a que se contemplen medidas especiales para las personas de acceso más tardío al mercado de trabajo por participar en programas de formación. A estos efectos, se computan tales periodos mediante la utilización de la vía de la asimilación del art. 97 LGSS.

Así, se contemplan:

Para los **periodos posteriores a la entrada en vigor de la ley**:

- Inclusión por la vía de la asimilación a través de la fórmula abierta del art.97.2.m) de la LGSS en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente.

-Los **periodos de formación** financiada por organismos o entidades públicas o privadas. No se incluyen como se preveía en el ASE los programas de investigación, salvo en el extranjero.

- Vinculados a estudios universitarios o de FP (incluso en el extranjero).

- Que conlleven prestación económica, que lógicamente no constituyan salario, sino becas, asignaciones, gratificaciones, etc.

- Que no den lugar por sí mismos al encuadramiento y alta en la Seguridad Social. Lo que se produciría aun cuando lo fuera a tiempo parcial.

- En las condiciones que se determinen reglamentariamente. Debe elaborarse el reglamento en el plazo de 3 meses desde la entrada en vigor de la ley.

- No se establece para periodos de formación posteriores a la ley 27/2011 un tope de duración temporal de cobertura máxima como si será de 2 años para periodos anteriores.

- No resulta de aplicación al personal investigador en formación cuya inclusión en la Seguridad Social se ha producido en virtud de normas propias posteriores a 4 de diciembre de 2003 (RD 1326/2003 y actualmente el RD 63/2006).

La ley 27/2011 no concreta, como no lo hacía el proyecto de ley, las directrices o procedimientos que darán lugar a los **convenios especiales**. No obstante, la materia de convenios especiales es de tal complejidad que ni siquiera en los demás contemplados en la LGSS se da una regulación legal que precise mucho más. El art. 125 apartado segundo de la LGSS le da cobertura como situación asimilada al alta y es la Orden de 13 de octubre de 2003 la que regula el marco general y ni siquiera agota todos los supuestos de convenios especiales.

El desarrollo reglamentario se ha producido por RD 1493/2011 de 24 de octubre. No queda muy claro en este precepto quienes son los sujetos obligados al encuadramiento y a la cotización, pues si bien se dice que serán las entidades u organismos que financien los programas de formación en ocasiones pueden aparecer varios cofinanciadores. EL RD 1493/2011 establece entonces que quien hace efectiva la contraprestación económica al becario será el que certifique y el obligado a realizar los actos de encuadramiento y a cotizar. Lo que ha generado dudas y dificultades presupuestarias aplicativas que han llevado a retrasar el alta y la cotización en estos supuestos por la Resolución de la TGSS de 4 de noviembre de 2011 (Boe de 12 de noviembre). La cotización es la correspondiente a los contratos de formación y aprendizaje, y sus prestaciones, salvo la de desempleo, No cotizarán por esta contingencia ni por las cuotas de recaudación conjuntas. La fecha de inclusión solo afecta a periodos posteriores a la entrada en vigor del RD 1493/2011, esto es el 1 de noviembre de 2011.

Para los **anteriores a la fecha de entrada en vigor de la ley 27/2011**. Para los periodos de formación financiada por organismos o entidades públicas o privadas, vinculados a estudios universitarios o de FP (incluso en el extranjero), que conlleven prestación económica, (que lógicamente no constituyan salario, sino becas, asignaciones, gratificaciones, etc.), anteriores a la ley 27/2011, los interesados podrán estipular un convenio especial propio para complementar los periodos de 2 años como máximo:

-Para que se produzca la inclusión, siempre que se reúnan los mismos requisitos, hará falta que el interesado voluntariamente suscriba un convenio especial propio por una sola vez.

-Que les posibilite el cómputo de cotización por los periodos de formación realizados antes de la señalada fecha, hasta un máximo de dos años. El periodo máximo de dos años no parece limitarse a cada periodo de formación sino a todos los que se hayan llevado a cabo,

-No se contempla, como en el ASE, un plazo limitado durante el cual se computarían o se cubrirían durante los 4 años antes de la publicación en el BOE de la reforma.

- Las personas que, en la fecha de entrada en vigor de la disposición reglamentaria referida en el apartado anterior se hubieran encontrado en la situación indicada en el mismo.

- También los que hubieran participado en programas de formación de naturaleza investigadora con anterioridad al 4 de diciembre de 2003

-Podrán suscribir un Convenio especial en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Si se encontrasen todavía en la situación indicada, pero con años anteriores de formación, a nuestro juicio, también podrán acogerse a esta posibilidad por los periodos anteriores. Los posteriores a la ley 27/2011 ya estarán incluidos automáticamente por imperativo legal.

Los términos reglamentarios de este convenio especial se han establecido por la disp. adicional 1ª del RD 1493/2011.

El convenio especial puede suscribirse sin esperar a 1 de enero de 2013, pues la disposición adicional entra en vigor el 2 de agosto de 2011 (Disposición final duodécima de la ley 27/2011). Podrá suscribirse hasta el 31 de diciembre, salvo imposibilidad de aportar justificación necesaria en cuyo caso excepcionalmente se podrá conceder un plazo de seis meses para su aportación a contar desde la fecha de solicitud del convenio.

El RD 1493/2011 establece una regulación propia del convenio especial y así la base de cotización será la base mínima del Régimen general, no la común del convenio especial, que suele coincidir con la mínima del RETA.

También se prevé (disp.ad.2ª) regular una modalidad de convenio especial a suscribir por los españoles que, sin haber estado previamente afiliados al sistema de la Seguridad

Social, participen **en el extranjero**, de forma remunerada, en **programas formativos o de investigación** sin quedar vinculados por una relación laboral, en los términos y condiciones que reglamentariamente determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Se ha regulado el convenio especial por la Orden TIN/3356/2011 de 30 de noviembre que al modificar la regulación común del convenio especial de la Orden de 2003 aplica a este colectivo reglas similares a las del convenio especial de emigrantes del art. 15.

El precepto no afecta a **las prácticas que tenga un carácter puramente lectivo, sino que debe tratarse de prácticas en empresas aun dentro del plan de estudios. Ello afectará a los conciertos con el sistema educativo y en el marco de los planes de estudios llevan a cabo empresas y Administraciones Públicas** al amparo del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional reguladas en el Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo y los programas de cooperación educativa que se regulan por los Reales Decretos 1497/1981, de 19 de junio y 1845/1994, de 9 de septiembre. Pues de conformidad con lo dispuesto en dichas normas, el objetivo prioritario es reforzar la formación de los alumnos universitarios, consiguiendo una formación integral, que combine la teoría y la práctica, con el objetivo de conseguir profesionales con una visión real de los problemas y sus interrelaciones. Con tal objeto las Universidades pueden suscribir convenios de cooperación con empresas en los que se concierte la participación de éstas en la preparación especializada y práctica requeridas para la formación de los alumnos.

Las becas para prácticas profesionales, esto es, las que hacen su aparición en el ámbito empresarial con el objeto de facilitar la formación o iniciación profesional del becario, y como un paso intermedio o de tránsito de la fase de estudios a la vida laboral, suponen la concurrencia de dos tipos de elementos: un componente docente, al constituir una ayuda o complemento para la realización de un determinado nivel de estudios, y otro de carácter cuasi-laboral, al desarrollarse en el ámbito de una empresa y conllevar la realización de unos servicios. No existe una normativa específica que regule íntegramente y con carácter general, las becas de prácticas profesionales, las cuales se desarrollan al amparo de los programas de cooperación educativa, o como acciones formativas insertas en el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, estando ambas expresamente excluidas del ámbito laboral.

No obstante, la Jurisprudencia, estima que concurre una zona fronteriza entre las becas y las auténticas relaciones laborales, siendo necesario delimitar en cada caso el contenido real de dichas relaciones para evitar la utilización de becas como encubrimiento de contratos laborales.<sup>38</sup>

También la ley 27/2011, ya respecto de los titulados académicos, establece que las ayudas dirigidas a titulados académicos con objeto de subvencionar **estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización que impliquen la realización de tareas en régimen de prestación de servicios**, deberán establecer en todo caso **la cotización a la Seguridad Social como contratos formativos**, supeditándose a la normativa laboral, si obliga a la contratación laboral de sus beneficiarios, o a los convenios o acuerdos colectivos vigentes en la entidad de adscripción si establecen mejoras sobre el supuesto de aplicación general.

---

<sup>38</sup> Pueden verse las STS de 13 de junio de 1988 (RJ 5270) 4 de abril de 2006, (Rec. 856/2005), 7 de julio de 1998, y 22 de noviembre de 2005, (Rec. 4752/05) y 29 de marzo de 2007, (Rec. 5517/2005).

Por esta vía pueden encauzarse las becas de titulados, siempre que no constituyan un encubrimiento de relaciones laborales y, por tanto, un fraude, de manera que las Administraciones Públicas competentes llevarán a cabo planes específicos para la erradicación del fraude laboral, fiscal y a la Seguridad Social asociado a las becas que encubren contratos de trabajo (puestos de trabajo dice la ley 27/2011).

En el caso de ayudas financiadas con fondos públicos, las Administraciones e Instituciones públicas implicadas realizarán las actuaciones oportunas para que en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley se produzca su efectiva aplicación.

Por otro lado los colectivos de becarios e investigadores excluidos del campo de aplicación del Régimen general de la Seguridad Social que todavía resulten excluidos del los mecanismos de cobertura social regulados en el Estatuto del personal investigador, en el RD 63/2006, a los que se refería la ley 40/2007 (el Gobierno se obliga a presentar un informe sobre esta cuestión con vistas a su inclusión), tras la ley 27/2011 la inclusión se producirá a través de la asimilación a contrato formativo en orden a la protección social de acuerdo con lo establecido en la disp.. ad. 41<sup>a</sup> de la ley 27/2011 cuando siendo los titulados académicos perciban ayudas con objeto de subvencionar estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización que impliquen la realización de tareas en régimen de prestación de servicios.

A ello hay que añadir la regulación laboral y de Seguridad Social de las prácticas laborales (RD 1543/2011 de 31 de octubre) para personas jóvenes con problemas de empleabilidad sean o no titulados. Pese a que formalmente están vinculadas a las prácticas del subsistema nacional e formación profesional para el empleo del RD 395/2007 de 23 de marzo constituyen un tipo de prácticas específicas. Sus características son:

- No suponen en ningún caso la existencia de relación laboral
- Para jóvenes entre 18 y 25 años
- Desempleados
- Que tengan cualificación profesional y titulación profesional, la misma que para celebrar un contrato de prácticas del art.12.1 del ET
- Con nula o escasa experiencia laboral (máximo de tres meses). No se computan a estos efectos las prácticas como estudiantes que forman parte del curriculum para la obtención de las titulaciones o calificaciones correspondientes.
- Se excluyen las prácticas académicas externas curriculares o extracurriculares de los estudiantes universitarios.
- Las empresas o grupos de empresas deben celebrar un convenio con los Servicios de Empleo
- Se llevan a cabo en los centros de trabajo de la empresa y bajo la dirección y supervisión de un tutor.
- La empresa definirá el contenido concreto de las prácticas, duración, jornada, horario, centro o centros de trabajo donde se desarrollara, sistema de tutorías, información a los representantes de los trabajadores, deber de certificación, etc.. Pero ello no supone aplicar las normas laborales. Nada se dice sobre aspectos de prevención de riesgos laborales.
- La duración será entre tres y nueve meses.

- El practicante percibirá un beca del 80 % del IPREM
- El practicante queda encuadrado en el ámbito de la Seguridad Social por la vía de la aplicación al mismo del RD 1493/2001.

## **VIII. COMPUTO DE PERIODOS POR CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR**

### **1. EXCEDENCIAS**

Ya la ley 40/2007 elevó de uno a dos años el cómputo a efectos de Seguridad Social del periodo de **excedencia** por cuidado de hijos del art. 46.3 del ET, modificando en este sentido el art. 180 de la LGSS. Pocas variaciones se habían producido en este precepto, salvo las introducidas por la ley 4/1995 (art.4) en relación con el desempleo y la introducción de diferencias cuando se tratara de familias numerosas (art.19.3 de la ley 52/2003).

De otra parte, a partir de la reforma de 2007 van separándose la duración las dos excedencias, de cuidado de hijos y de cuidado de familiares. Esta tendencia se confirma en la ley 27/2011 en la que se eleva un año más el cómputo de la excedencia por cuidado de hijo dentro de esta prestación contributiva de la Seguridad Social, mientras que permanece invariable la excedencia por cuidado de familiares.

Tampoco se ha modificado la duración en supuestos de familias numerosas (30 o 36 meses según la categoría de la familia). Ahora bien al haberse elevado la duración en las familias comunes, el cómputo especial de excedencia en estos supuestos queda absorbido e igualado con el de esta últimas. Es decir, desaparece la especialidad en caso de familia numerosa y por ello en este apartado del art. 180 ha desaparecido cualquier referencia a las mismas.

Parece difícilmente justificable que no se haya extendido la prestación también a tres años en caso de excedencia por cuidado de familiares. Recuérdese que en caso de funcionarios la disposición adicional 19ª de la ley de igualdad, que modifica el art. 29.4 párrafo quinto de la Ley 30/1984 de medidas de reforma de la función pública, dice que el periodo de excedencia por cuidado de familiares no sólo podrá ser de hasta tres años sino que además será computable a efectos de derechos pasivos. El art. 89.4 del EBEP por su parte añade que “el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación”. De ahí que se plantee la cuestión de si afectará sólo a los integrados en el régimen de clases pasivas o también prevalecerá sobre la redacción del art. 180 de la LGSS, como parece ser la intención del legislador al haber modificado el EBEP la redacción de la ley 30/1984. La respuesta debe ser afirmativa. En cambio, no se extiende a laborales de las Administraciones Públicas lo previsto en el art. 89.4 del EBEP, sin que sobre esta cuestión pueda, además, intervenir por carecer de competencia las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas.

Por todo ello no se ven las razones para esta desigualdad de tratamiento entre funcionarios y laborales, incluso de las propias Administraciones Públicas, ambos dentro el régimen general de la Seguridad Social en materia de excedencia por cuidado de familiares a efectos de la prestación del art. 180 de la LGSS.

## 2. BENEFICIOS POR CUIDADO DE HIJOS

Sin embargo, la principal novedad en materia de **beneficios por el cuidado de hijos**, es que el artículo 9 añade una nueva disposición adicional a la Ley General de la Seguridad Social, de conformidad con la cual **se computará como período de cotización, a todos los efectos y en todos los regímenes, el período de interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo o por adopción o acogimiento de un menor de 6 años**, cuando dicha interrupción se produzca en el período comprendido entre el inicio del noveno mes anterior al nacimiento o al tercer mes anterior a la adopción o al acogimiento y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado a dichos efectos será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta un máximo de 270 días por hijo, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la actividad laboral. Se parte del otorgamiento de una cuantía similar a las de la disp. ad. 44<sup>a</sup> para períodos de cotización asimilados por parto.

Estos nuevos beneficios responden al aparatado que en el ASE genéricamente se contempla como “Mujeres”. La razón de introducir este nuevo cómputo (y probablemente también el de elevar un año el de al excedencia por cuidado de hijo) se encuentra en las reformas que se introducen en la pensión de jubilación y por esa razón en el proyecto de ley el cómputo sólo se contemplaba a efectos de la edad de acceso a la pensión de jubilación teniendo en cuenta desde una perspectiva de género que las mujeres tiene carreras más cortas de cotización, por lo que la ampliación de la edad de jubilación les causa un perjuicio que la ley intenta atenuar o paliar.

En este sentido la Recomendación 17<sup>a</sup> del Pacto de Toledo de 2011 afirma que “el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidado de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres». El sistema debe adoptar medidas que reconozcan el esfuerzo asociado a esas circunstancias y reclama el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización» (...).

Por esta razón en el ASE se establecía que las mujeres que hayan interrumpido su vida laboral por nacimiento o adopción podrán adelantar antes de los 67 años la edad de jubilación en 9 meses por cada hijo, con un máximo de 2 años, siempre que con ese periodo adicional dispongan de una carrera de cotización suficiente para la jubilación plena entre los 65 y los 67 años.

El CES entendía que no debía limitarse a la edad de acceso a la jubilación ordinaria, sino que la consideración de dicho periodo como cotizado debería ampliarse a los efectos de la determinación de la edad de acceso a la jubilación parcial y a la jubilación anticipada.

Finalmente tras el debate parlamentario tales beneficios se extienden a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para acceder a las prestaciones, y a todos los regímenes. Los rasgos de esta nueva previsión son:

- 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.
- El destinatario no se precisa, y se habla de que “este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores (en caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre)”, pero parece tratarse solo de la trabajadora en caso de parto y probablemente también en caso de adopción con lo que, si se tienen en cuenta los precedentes que se acaban de indicar (ASE, Pacto de Toledo, Informe del CES), si bien no se muestra legalmente mediante una fórmula neutra la división tradicional de roles en los supuestos de conciliación de la vida laboral y familiar, tampoco se introducen medidas que alteren el papel “natural” de la mujer como cuidadora, pues va más allá de los permisos parentales por parto que necesariamente deben encontrar a la mujer como destinataria. Sin embargo, sea el destinatario de las medidas la mujer o el hombre, en cualquier caso lo criticable de esta medida es que incentiva el abandono del trabajo, en lugar de potenciar las demás vías de conciliación de la vida laboral y familiar como la reducción de jornada.

En efecto, no se otorga este beneficio por parto o adopción por no incorporación al mercado de trabajo, sino por extinción de la relación laboral 9 meses antes del parto o tres antes de la adopción o bien tras esa situación durante el plazo de seis años.

Si tenemos en cuenta que en esos periodos preparto y durante el periodo postparto el despido se considera nulo, se están abordando situaciones de finalización de contrato de manera voluntaria por la trabajadora, que de este modo aparece premiada o compensada, incentivándose el abandono del trabajo por maternidad o adopción, cuando, por otra parte, sólo se otorgan beneficios de Seguridad Social, no prestaciones económicas. Incluso más allá, pues el nuevo beneficio de cómputo de cotizaciones se otorga incluso fuera del periodo de tutela laboral antidiscriminatoria.

**-Se computa a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido** y no sólo para la jubilación ordinaria, sino para cualquier otra prestación. Choca esta regulación con la de la disp. ad. 44ª de la LGSS en la que los períodos de cotización asimilados por parto computan a efectos no de todas las prestaciones, sino sólo de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, pero sin que no sirva para el periodo de carencia. También con la del propio art. 180 que, si bien excluye el desempleo, al mencionar las demás prestaciones (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad), no excluye que puedan servir para reunir el periodo de carencia.

Se computará a efectos de la cotización tomada en cuenta para determinar la edad de jubilación (art.161.1 y disp. trans. 20ª de la LGSS tras la reforma de 2011), los periodos de cotización a efectos del porcentaje a aplicar a la base reguladora (art.163 de la LGSS), integración de lagunas (art. 162 apartado 1 LGSS) y lo mismo cabe decir en relación con las demás pensiones (o prestaciones, como desempleo) en que los periodos de cotización se tomen en cuenta a esos efectos. No se incluye en el cómputo de ocupación cotizada para acceder a la prestación por desempleo, pero sí a efectos de la duración de la misma, pues la disp. ad. 60ª habla de “a todos los efectos, salvo...” , lo que supone un tratamiento más favorable que los cálculos antes mencionados de la disp. ad. 44ª de la LGSS y los del art. 180 de la LGSS.

- La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019. La aplicación de estos beneficios no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. El cómputo es por hijo independientemente de la duración de la situación. El tope de 5 años para un mismo beneficiario (padre o madre) plantea la cuestión de si se refiere a un solo periodo o a varios para un mismo hijo o si afecta a la acumulación de periodos de cómputo por diversos hijos, si bien para un mismo beneficiario. Creemos que sólo puede referirse a la acumulación de periodos pues el límite del cómputo individual es de 270 días, una vez concluya, en su caso, el periodo transitorio. Sólo cabría superar ese tope si, en caso de periodos por distintos hijos, el beneficiario fuera distinto.

Hay que tener en cuenta que, pese al periodo gradual de aplicación de la nueva edad de jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, el cómputo de los 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido se produce ya a partir del 1 de enero de 2013 (disp. final 12ª de la ley 27/2011).

Como una concesión a las **familias numerosas** se prevé que se puedan adoptar las disposiciones necesarias para que el cómputo se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas, si bien en función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social.

- Dada su finalidad de llenar vacío de cotización en las situaciones mencionadas el cómputo en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización, lo que será difícil que se dé incluso en aquellos casos en que sea objeto de cuidado más de un hijo simultáneamente.
- El lapso temporal de aplicación de estos beneficios o periodo en el que se puede otorgar la citada cobertura es “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”. Entendemos que en el cómputo de los seis años la “situación” se refiere no a los 9 meses antes del parto o tres de la adopción, sino a la fecha del parto o adopción.

- En cualquier caso, la aplicación de estos beneficios no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario.
- La limitación de los 5 años se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

No es fácil saber en qué casos realmente podrían concurrir ambos beneficios cuando en el primero se trata de extinción del contrato o agotamiento de prestaciones por desempleo, hay que entender contributivas, dada la finalidad de cubrir lagunas de cotización, y en el segundo de excedencia. Ahora bien, si interpretamos “concurrir” en otro sentido que no sea superposición, podría darse el caso de que tras periodo de excedencia de tres años se produjera un despido u otra situación que pudiera dar lugar a la aplicación del beneficio de la disp. ad. 60ª y en tal caso el beneficio sería por lo que reste tras aplicar el de la excedencia hasta los cinco años, tras el agotamiento de prestaciones de desempleo (entendemos que contributivas pues durante el subsidio salvo el de mayores de 52 años y para jubilación no se cotiza por lo que se generaría vacío) y siempre teniendo en cuenta el límite de los seis años posteriores al parto o la adopción.

- Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional 44ª de la LGSS, esto es, del cómputo de los periodos de cotización asimilados por parto. Es decir, se refiere a los 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. La propia disp. adicional 44ª LGSS excluye de este cómputo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. En la disp. ad. 60ª evidentemente exige también un vacío de cotización pues 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.
- Se aplica a todos **los regímenes especiales**. La propia disp. ad. 60ª habla de que se aplica “a todos los regímenes”. No hubiera estado de más que por razones de sistemática se hubiera incorporado al redactado de la disp. ad. 8ª de la LGSS al tratarse esta disposición adicional 60ª de la LGSS. Ni tampoco que la propia disp. ad. 60ª hubiera tenido en cuenta las especialidades de los trabajadores autónomos que ni “extinguen una relación laboral”, ni disfrutan de “prestaciones de desempleo” Recuérdese que, en cambio, no se aplica a los regímenes especiales ni el art. 180 de la LGSS, al no darse la figura de la excedencia por cuidado de hijos y familiares en el trabajo autónomo, ni la disp. ad. 44ª de la LGSS. Únicamente serán de aplicación las normas sobre las prestaciones familiares contenidas en el Capítulo IX del Título II de la LGSS y ahora también las de la disp. ad. 60ª.

La ley 27/2011, pese a las importantes novedades que introduce, es consciente de la insuficiencia de las medidas adoptadas, especialmente si se comparan con las recomendaciones del Pacto de Toledo, pues no toman en cuenta el papel del tiempo dedicado al cuidado de hijos o familiares discapacitados o en situación de dependencia en las carreras de cotización.

De ahí que la disposición adicional quinta (*Elaboración por el Gobierno de un estudio y propuestas de actuación en relación con la Recomendación 17.ª del Pacto de Toledo*) encomiende al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para incorporar los citados periodos como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. De nuevo aparecen las mujeres como destinatarias especiales de manera que se abandona una visión neutral, aunque estadísticamente sean las mujeres las que llevan a cabo estos menesteres. Debe beneficiarse al familiar cuidador, y no solo a la mujer cuidadora, en coherencia con el régimen jurídico de los cuidadores no profesionales en el que se reconocen los derechos consiguientes sin distinción del sexo (art.1 del RD 615/2007), y en general, con las situaciones de excedencia y reducción de jornada para cuidado de hijos, que tampoco diferencian.

Sin embargo, no es cuestión sólo de que no se computen los citados periodos, sino de la propia situación de la mujer en el mercado de trabajo, de los salarios y de la feminización de ciertas profesiones que dan lugar a bajas prestaciones. Por esta razón la Comisión del Pacto de Toledo de 2011 también se refería a estas circunstancias que influyen en la protección social. Así, la Comisión sostiene que se deben seguir removiendo aquellos obstáculos que dificulten el logro de una efectiva igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el empleo y la ocupación, una adecuada conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y una incorporación e integración laboral acorde con las aspiraciones de las mujeres.

También en caso del Servicio Militar y de la prestación social sustitutoria, aunque no se trate de conciliación, pero sí de una medida referida a los hombres, que reviste mayor importancia tras la modificación de la jubilación por la ley 27/2011, la disposición adicional vigésima octava de la misma establece regulaciones futuras para que pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias, acorde con los incrementos que, en el ámbito de la contributividad, se producen en esta Ley, y con la sostenibilidad del sistema.

## **IX. CONVENIOS ESPECIALES**

### **1. EL CONVENIO ESPECIAL EN DESPIDOS COLECTIVOS**

El art. 51 del ET tras la ley 35/2002, como forma de introducir ciertas restricciones o compensaciones en los supuestos de prejubilación estableció que cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no concursales, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, estableció la obligación de

abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la LGSS.

Tales términos se contemplan en el art. 51.9 del ET (tras el RDL 3/2012) y en la disp. ad. 31ª de la LGSS según la cual se establecía una regulación puente para esta situación de enlace con las jubilaciones anticipadas por lo que las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los 65 años, en los términos establecidos en los apartados siguientes. Corriendo a cargo de la empresa las cuotas hasta el cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años y a partir de esa edad a cargo del trabajador hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 (esto es, en el supuesto de que durante el período de cotización a cargo del empresario el trabajador realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, en cuyo caso las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial).

La Disposición adicional sexta de la ley 27/2011 modifica la regulación del convenio especial a suscribir en expedientes de regulación de empleo de la disp. ad. 31ª de la LGSS en un doble sentido.

En primer lugar, para **adaptarla a las nuevas edades de jubilación**. Así las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla no ya los 65 años, sino la edad a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 161.

Las cotizaciones será a cargo del empresario no ya hasta la fecha de cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años, sino hasta la fecha nueva de la jubilación anticipada, esto es, los 63 años, en la voluntaria y los 61 años en la jubilación por crisis.

Y en segundo lugar para establecer **un régimen sancionador** para el incumplimiento empresarial de esta obligación que no se contempló en la ley 35/2002 que introdujo el art. 51.15 del ET ni en la disp. ad. 31ª de la LGSS, ni en la propia LISOS, lo que desde luego contribuyó a que el incumplimiento empresarial no generara consecuencias de este tipo. La ley 27/2011 (disp. ad. 6ª.dos) modifica el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, introduciendo un nuevo tipo en el apartado 1, con la letra i), según el cual se considera **infracción muy grave**:

«i) Incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.15 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal.»

1. OBLIGACIONES EMPRESARIALES EN CIERTAS EMPRESAS EN DESÍDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES MAYORES DE 50 AÑOS EN EMPRESAS CON BENEFICIOS.

Dentro de esta línea se introducen **nuevas obligaciones empresariales** en ciertos supuestos de prejubilación que se añaden a las anteriores para cubrir los gastos que supone para la Seguridad Social en prestaciones de desempleo, fundamentalmente. Así la disposición adicional decimosexta cuando se trate de **expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios** introduce nuevas obligaciones para las empresas (disposición adicional decimosexta). Tras el RDL 3/2012 (Disposición final cuarta) quedaría así:

Su régimen jurídico es el siguiente:

- Afecta a empresas de **más de 500 trabajadores** o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores, que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del ET.
- Que se lleven a cabo a través de un despido colectivo que incluya a trabajadores de 50 o más años de edad.
- Ya no se exige en cambio, que afecten, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados.

No obstante, la Disposición transitoria duodécima del RDL 3/2012 ( *Normas transitorias sobre las aportaciones económicas de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos*) establece que “las empresas afectadas por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que hayan realizado despidos colectivos ya autorizados por la autoridad laboral antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, únicamente deberán efectuar las aportaciones económicas a que se refiere dicha disposición cuando las resoluciones que hayan autorizado las extinciones afecten, al menos, a 100 trabajadores”.

- Que, aún concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.
- No se exige que el trabajador no hubiera tenido la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, luego en principio, si se tratara de estos mutualistas, se aplicaría la disposición (a diferencia del supuesto del art. 51.15 del ET).

En tales casos la obligación de la empresa consiste en **efectuar una aportación económica al Tesoro Público, en los términos que se determinen reglamentariamente.**

- Para el cálculo de la aportación económica a que se refiere el apartado anterior, se tomarán en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas

las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados. También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes realizados por el Servicio Público de Empleo Estatal por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

No se exige ya como en la ley 27/2011 que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo.

No obstante, se excluirán del cálculo de la aportación económica, a petición de la empresa afectada, los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En estos casos la empresa deberá acreditar estos extremos en el procedimiento.

3. El importe de la aportación se determinará anualmente mediante la aplicación del tipo establecido en el apartado 4 sobre cada uno de lo siguientes conceptos:

a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de 50 o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido.

b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas.

c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio por agotamiento de la misma o el de mayores de 52 años. Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento.

También se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

1. El tipo aplicable será el fijado por la siguiente escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de

edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos. Se fija tal porcentaje.

5. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a) El porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos se calculará año a año, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos comunicado a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas, teniendo en cuenta el número total de ambos colectivos que ha sido objeto de despido hasta el año en que se efectúa el cálculo.

b) Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquel en que el empresario comunique a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que debe preceder el despido colectivo.

En la ley 27/2011 se precisaba que a estos efectos, que se consideraba que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo.

c) El número de trabajadores de la empresa o grupo de empresas se calcularán según los que se encuentren en alta en la empresa o grupo de empresas en el momento de comunicar a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que precede al despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.

6. El procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica se determinará reglamentariamente.

Cuando el despido colectivo implique la cesación total de la actividad de la empresa en el territorio español, se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas, de acuerdo con la ley, para asegurar el cobro de la deuda correspondiente a la aportación económica, aún cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo.

Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011. Mantiene por tanto la misma fecha de efectos que la ley 27/2011

Luego, al igual que la ley 27/2011 tiene efectos retroactivos que probablemente generen algunos problemas de constitucionalidad al introducir la ley 27/2011 y el RDL 3/2012 cargas que no se pudieron contemplaron en el momento de tramitarse los expedientes ( véase para otros supuestos de cargas la STC 89/2009, de 20 de abril) <sup>39</sup>. Caso de que se recurra, el Tribunal Constitucional tendrá que valorar las circunstancias específicas que

---

<sup>39</sup> STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11.

concurrer en este caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad<sup>40</sup>.

El RDL 3/2012 viene a determinar algunos aspectos de lo que en la ley 27/2011 se remitía a desarrollo reglamentario. La principal limitación de esta medida es que su aplicación quedaba en la ley 27/2011 condicionada al desarrollo reglamentario de aspectos fundamentales sobre todo, el importe de la aportación, el procedimiento, la forma y el momento en que deberá hacerse efectiva la aportación, y el destino de la misma. Por esta razón se trataba más bien, en ese momento, de una medida meramente programática. Por otro lado, no se contempla- y sigue sin contemplarse tras el RDL 3/2012- como se ha hecho en el convenio especial de trabajadores de más de 55 años afectados por un despido colectivo, las consecuencias del incumplimiento empresarial en materia sancionatoria. El RDL 3/2011 sigue remitiéndose a desarrollo reglamentario en cuanto al procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica.

Según la ley 27/2011 las aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente (LEY 27/2012). En el RDL 3/2012 se precisa más el colectivo de destinatarios de esas medidas, pues, al menos el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de 50 o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas.

No resuelve esta disposición adicional cómo se coordina esta nueva obligación cuando se trate de empresas que despidan mediante despidos colectivos y dándose los requisitos aquí mencionados y proceda la aplicación de esta disposición adicional 16<sup>a</sup>, pero también el art. 51.15 del ET y la disp. ad. 31<sup>a</sup> de la LGSS. Es decir, la cuestión es si en tal caso las obligaciones son acumulativas o si la prevista en esta disposición adicional 16<sup>a</sup> opera como norma especial. Puesto que no se hace alusión ni referencia alguna a la disp. ad. 31<sup>a</sup> de la LGSS entendemos que se trata de obligaciones independientes y acumulativas.

Por tanto una empresa que reuniendo los requisitos de la disposición adicional 16<sup>a</sup> despida a trabajadores de 55 años deberá, además de ingresar las aportaciones a que se refiere esta disposición, también la suscripción de un convenio especial. No hay solapamiento, pues las obligaciones de aportar en empresas con beneficios tienen como finalidad recaudar el equivalente al importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que la del art. 51.15 del ET y disp. ad. 31<sup>a</sup> de la LGSS se refieren a las cotizaciones posteriores al agotamiento de las prestaciones

---

<sup>40</sup> SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11; 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6; y 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 10.

básicas de desempleo, momento en que lógicamente se suscribirá el convenio especial. No obstante, se podría dar un solapamiento si durante la percepción del subsidio de más de 52 años se suscribiera un convenio especial para cubrir la diferencia entre el 125% que otorga la propia prestación de desempleo Seguridad Social y la base de cotización que corresponda. La empresa cubriría ambas cotizaciones, el 125 % en virtud de la disp. ad. 16ª y la diferencia entre esta cotización y el resto en virtud de la disp. ad. 31ª de la LGSS. Esta misma disposición establece que en este convenio especial las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y que las cotizaciones por el referido período se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. Sobre este convenio especial véase el art. 24 de la Orden de 13 de octubre de 2003.

### 3. NUEVAS MODALIDADES DE CONVENIOS ESPECIALES

La ley 27/2011 ha previsto nuevos supuestos de convenios especiales, algunos ya analizados en otro lugar al abordar la problemática de los **periodos de formación** en la carrera asegurativa del trabajador y otros referidos a capas especiales de trabajadores como los **discapacitados con especiales dificultades de inserción laboral** para la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia.

Así en cuanto a los primeros la Disposición adicional tercera contempla dos supuestos:

- El que podrán celebrar las personas que, en la fecha de entrada en vigor de la disposición reglamentaria referida en el apartado primero de esta disposición adicional se hubieran encontrado en la situación indicada en el mismo (es decir, participantes en programas de formación financiados por organismos o entidades públicos o privados, que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, conlleven contraprestación económica para los afectados). La finalidad del Convenio especial, por una única vez, como se vio, es posibilitar el cómputo de cotización por los periodos de formación realizados antes de la señalada fecha, hasta un máximo de dos años.
- El que pueden suscribir los españoles que, sin haber estado previamente afiliados al sistema de la Seguridad Social, participen en el extranjero, de forma remunerada, en programas formativos o de investigación sin quedar vinculados por una relación laboral, en los términos y condiciones que reglamentariamente determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración

En cuanto a los segundos, la disp. ad. 2ª establece en su número 3:

- El que puedan suscribir las personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral para la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia. El gobierno regulará esta modalidad en el plazo de seis meses desde la promulgación de esta Ley.

La regulación del convenio especial en nuestro ordenamiento se caracteriza por estar totalmente condicionado por un encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de tipo profesional, de manera que sólo a través de excepciones se van incluyendo bien por la vía de la asimilación del art. 97 de la LGSS, en situaciones en las que no se lleva a cabo la actividad de activo, aun temporalmente, o en la misma proporción que antes o con la misma base de cotización, o se lleva a cabo otra actividad que no encaja en la propiamente considerada profesional. O bien se consideran como actividades profesionales situaciones especiales como las formativas, o la de deportistas, etc.

El nuevo convenio especial previsto en esta disposición adicional se caracteriza por dirigirse al colectivo de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral, con lo que es un primer paso para poderse extender a otras situaciones similares al desvincularse de la realización de una actividad profesional o de haberla estado realizando.

## 2. NUEVAS REGLAS EN CUANTO A LOS PLAZOS DE ESTIPULACION DEL CONVENIO ESPECIAL

Finalmente se prevé por la Ley 27/2011 (disp. ad. 2ª) que por vía reglamentaria se determinarán las modalidades de convenios especiales en los que la suscripción de los mismos deberá llevarse a cabo necesariamente antes del transcurso de un determinado plazo a contar desde la fecha en que se haya causado baja en el régimen correspondiente o extinguido el derecho a las prestaciones por desempleo. Es decir, se trata de revisar los requisitos contemplados en la Orden de 13 de octubre de 2003.

El art. 2 de la citada Orden lista las personas que pueden suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Según el art. 3 de la Orden la solicitud del convenio especial podrá formularse en cualquier momento, siempre que el interesado se encuentre en alguna de las situaciones que permiten suscribir el convenio especial conforme a lo señalado en el art. 2. No se establece propiamente un plazo para estipularlo sino unos efectos distintos en función de la fecha en que se celebre tras la situación que permita celebrarlo (art.5). Así, las fechas de iniciación de los efectos del convenio especial serán las siguientes:

- Si la solicitud del convenio especial se hubiere presentado dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha correspondiente a cada situación del art.2 mencionada, el convenio especial surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente, la cesación de la actividad, la vigencia del contrato de trabajo o situación determinante de la cotización inferior a la que se venía cotizando, la extinción o la denegación del derecho a las prestaciones respectivas.

- Si la solicitud del convenio se hubiere presentado fuera del plazo señalado en el apartado precedente, el mismo surtirá efectos desde el día de la presentación de la solicitud de convenio especial en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- En todo caso, en la solicitud del convenio especial presentada en el plazo de noventa días y hasta la suscripción del mismo, el suscriptor podrá optar entre las fechas de efectos indicadas en el apartado 2.1 precedente o la correspondiente a la presentación de la solicitud, entendiéndose que, de no efectuarse tal opción, la fecha de efectos del convenio especial será la que resulta de lo dispuesto en el citado apartado 2.1 anterior.

La previsión de la ley 27/2011, por otro lado innecesaria, pues basta con modificar la Orden de 13 de octubre de 2003, de establecer un plazo perentorio puede justificarse en el sentido de evitar estrategias interesadas de los trabajadores, pero puede hacer excesivamente rígido un instrumento de estas características y sus finalidades, así como debilitar la nota de voluntariedad en su estipulación.

Y es lo que ha procedido a hacer la Orden TIN/356/2011 de 30 de noviembre en desarrollo de la disp. ad. 2ª de la ley 27/2011 procediendo a reformar el art. 3 de la Orden TAS 2865/2003 de 13 de octubre.

Se fija un plazo general de un año, que no será de aplicación a los convenios especiales regulados en el capítulo II.

En alguna de las modalidades de convenio especial del capítulo II como el de más de 52 años se deja cierta libertad para elegir el momento de la suscripción (art.24). En otros se fijan plazos especiales (mes natural en el convenio especial para los trabajadores de temporada en períodos de inactividad y para los comprendidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social). En otros debe hacerse en un momento preciso (durante la tramitación del despido colectivo de trabajadores con 55 o más años la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá formularse durante la tramitación del mismo). También e fija un plazo concreto para el convenio especial de deportistas de alto nivel (art. 13 del RD 971/2007 de 13 de julio al que remite el art. 27 de la Orden de 13 de octubre de 2003) y , lo mismo cabe decir del convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia (art. 28), dado su carácter obligatorio al solicitarse la prestación de dependencia a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

## **X. COMPLEMENTOS A MINIMOS: LIMITES EN LA CUANTIA. FINANCIACION Y SEPARACION DE FUENTES**

### **1. LIMITES EN LA CUANTIA**

El art. 50 de la LGSS contempla **complementos por mínimos** para las pensiones del sistema de la Seguridad Social que resulten inferiores a la mínima. Remite su fijación a la Ley de Presupuestos y toma en cuenta para alcanzar la pensión mínima, la que perciba el beneficiario de pensión (revalorizada), más las otras pensiones y las rentas de trabajo y capital que posea del ejercicio en que se perciben<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> STS de 30 de mayo, 10 y 18 de julio, 30 de septiembre, 3 y 29 de noviembre de 2000. Las del año anterior sólo operan como presunción “iuris tantum” para determinar provisionalmente el percibo del complemento. También el rescate de planes de pensiones aunque sean rentas

Los complementos por mínimos no son estrictamente “pensiones mínimas”, sino una partida añadida a la pensión para garantizar a esta una cuantía mínima, a diferencia de las pensiones no contributivas en que toda la pensión es mínimo vital. No son cuantías uniformes ni debidas a priori, sino sujetas a condicionamientos subjetivos y objetivos. No entran en la pensión a efectos de revalorización, sino, al revés, quedan a expensas de la actualización y revalorización. No tienen carácter consolidable, siendo absorbibles con cualquier incremento futuro que puedan experimentar las percepciones del interesado, bien por revalorizaciones, bien por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico que den lugar a la concurrencia de pensiones.

Se trata de un correctivo a la pensión calculada de acuerdo con los principios contributivos que viene a delimitar el “quantum” de la pensión y garantizar una suficiencia dentro de las pensiones contributivas, sustitutivas del salario. En este sentido es claramente diferenciable del mínimo de subsistencia de las prestaciones no contributivas que necesariamente ha de ser inferior y de las rentas mínimas garantizadas contempladas en normas de Comunidades Autónomas.

Los complementos son una institución de frontera entre la renta sustitutiva de salarios propia del modelo contributivo y su corrección por razones de solidaridad, pues se dirige al exclusivo ámbito de los beneficiarios de pensiones de éste tipo, sin que se confunda con la asistencial ya que su finalidad no es la misma que la de las pensiones no contributivas, sino garantizar mínimamente la sustitución el nivel económico de activo.

Sin embargo, su vinculación en el convenio 102 de la OIT y en el art. 12.2 de la Carta Social Europea a la “renta familiar” ha llevado en los años ochenta (1984) en España a que se calcule en función, no de lo cotizado, sino de la situación familiar y económica de los beneficiarios, con lo que se produce la aproximación a los niveles no contributivos o asistenciales, lo que supone una pérdida del concepto de lo contributivo y de la lógica interna redistributiva para experimentar una modalización asistencializadora y una tendencia hacia el achatamiento de las pensiones en los niveles bajos. Pero su asistencialización tampoco ha llevado a que se coordinen con los niveles no contributivos, respecto de los que guardan una “distancia de seguridad”, para no desincentivar la cotización y el esquema asegurativo.

La naturaleza jurídica de los complementos ha sido objeto de debate en sede jurisprudencial<sup>42</sup>. Su autonomía en relación con la pensión contributiva se ha reiterado en numerosas sentencias<sup>43</sup>. Según la jurisprudencia los complementos por mínimos

---

pertenecientes a varios años se imputan al año en que se percibe (STS de 13 de octubre de 2003).

<sup>42</sup>. Pese a que la cuantía no supere 1803 euros cabe suplicación dada la naturaleza jurídica de los complementos y su relativa autonomía (STS (STS 22 de mayo de 1995, Rec.2559/94, 2 de abril de 2007 Rec.5355/05)

<sup>43</sup> Vide STS de 22 de abril de 2010, Rec.1726/2009 y ya antes SSTS 12 de marzo de 2007, (Rec. 4885/05); 25 de junio de 2009, (Rec. 2805/2008); 2 y 9 de febrero de 2010, (Rec. 397/09 y 1607/09). A efectos de la retroactividad máxima de los 5 años y antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre al reclamar por diferencias por el complemento de cónyuge a cargo que en su día no habían reclamados sus fallecidos esposos [pensionistas de Jubilación.

ostentan clara autonomía con la pensión -contributiva- que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento. En efecto:

a) El «complemento a mínimos» es el importe suplementario de las pensiones generadas por las cotizaciones de los interesados, a fin del alcanzar la «cuantía mínima» de las pensiones, no respondiendo al objetivo -propio de la prestación mejorada- de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad.

b) Su reconocimiento no atiende a los parámetros de la pensión (alta, carencia, cotizaciones, etc.), sino exclusivamente a la referida falta de ingresos económicos.

c) Conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen «naturaleza no contributiva» y su financiación habrá de hacerse con aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

e) Existen innegables analogías con las previsiones establecidas para las pensiones no contributivas (fecha de extinción; obligación de comunicar variaciones sustanciales, etc.).

f) A diferencia de toda pensión en modalidad contributiva, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha (la del «hecho causante»), sino que han de acreditarse año tras año.

Por todas estas razones, los «complementos a mínimos» son prestaciones de naturaleza eminentemente asistencial y complementaria de las pensiones contributivas, respecto de las que mantiene una clara autonomía (conceptual y jurídica), aunque guarden con ellas una íntima conexión genética y funcional.

En la Recomendación n 15 del Pacto de Toledo de 2011 la Comisión considera que respecto a los complementos a mínimos, es necesario articular las fórmulas oportunas que determinen que, en ningún caso, la cuantía de tales complementos pueda ser superior a la cuantía de las pensiones no contributivas vigentes en cada momento. Se trata de una cuestión que, como señalaba el CES en su informe, excede del contenido del ASE y no aparece suficientemente justificada en las memorias explicativas que acompañan al Anteproyecto, al tiempo que no se recoge estudio de evaluación de impacto, ni se contempla gradualidad alguna en su implementación.

La ley 27/2011 recoge esta Recomendación del Pacto de Toledo de manera que la limitación de los complementos a mínimos contemplada en este artículo se realiza mediante la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social, el apartado segundo, manteniéndose, como apartado primero, la redacción actual del artículo 50 del TRLGSS, según el cual, los beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, tendrán derecho a percibir, bajo determinadas circunstancias, los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Pese a que los complementos por mínimos son una partida añadida a la pensión para garantizar a esta una cuantía mínima, a diferencia de las pensiones no contributivas en que toda la pensión es mínimo vital, se acaba separando de la pensión básica para asimilarse al objetivo no contributivo de sustitución de rentas y ya no garantiza que este

sea suficiente para alcanzar la pensión mínima. Se debilita así su finalidad clásica a la que se hizo referencia más arriba de garantizar mínimamente la sustitución el nivel económico de activo, no de equipararse ahora a las pensiones no contributivas.

Como ya señalaba el CES, ambos apartados entrarían en contradicción, puesto que, podría darse el caso de que, bajo la limitación contemplada en el apartado segundo, la cuantía de una pensión con complemento a mínimo no llegara a alcanzar la pensión mínima establecida legalmente, contradiciendo, por tanto, lo establecido en el apartado primero.

Pese a ello el art.1 de la ley 27/2011 modifica el artículo 50 de la LGSS, incorporando la habitual regulación contemplada en la LPE de cada año, pero además añadiendo dos requisitos nuevos que los aproximan a las prestaciones no contributivas:

- Que los perceptores **residan en territorio español**, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

En cuanto a la exigencia de que los perceptores residan en territorio español supone una novedad importante que aproxima también en este punto los complementos a las pensiones no contributivas que están condicionadas a la residencia en España y no son exportables (art.144.1 b), 167.1 y 182.1 a) de la LGSS).

- **Que el importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva.** Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el apartado 1, 1.º, del artículo 145 para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión. Cuando la pensión de orfandad se incremente en la cuantía de la pensión de viudedad, el límite de la cuantía de los complementos a mínimos a que se refiere el párrafo anterior sólo quedará referido al de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad. Los pensionistas de gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende no resultarán afectados por los límites establecidos en este apartado.

Estas nuevas exigencias **no serán de aplicación en relación con las pensiones que hubieran sido causadas con anterioridad a 1 de enero de 2013** (disposición adicional, la quincuagésima cuarta de la LGSS tras la ley 27/2011) sino que sólo se exigirán para aquellas pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir del día 1 de enero de 2013. Es decir las pensiones causadas antes aunque sin derecho a complementos de mínimos si estos se reconocen con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 27/2011 no deben verse afectados.

**Téngase en cuenta también que la ley 27/2011 utiliza también la pensión mínima para que no se produzca una jubilación anticipada voluntaria que precise de complementos de mínimos** (art. 161 bis apartado dos B) c) de la LGSS) (vide supra jubilación anticipada).

Esta nueva regulación pretende evitar abusos en la correlación entre pensiones contributivas y no contributivas, pero se hace igualando a la baja, introduciendo recortes en las pensiones contributivas mínimas, en lugar de mejoras en las pensiones no contributivas. Pero con ello se **altera sustancialmente la institución de la pensión mínima**, configurada hasta ahora como el límite que anualmente el legislador considera mínimo adecuado y suficiente para la cuantía de las pensiones contributivas en su función de sustitución de rentas y que, hasta ahora, por razón de su naturaleza, ha sido diferente del importe establecido como garantía de subsistencia propio de las pensiones no contributivas. Con esta modificación legal ya no habría una, sino diversas pensiones mínimas cuya asignación y evolución se liga y condiciona a las cuantías de las de naturaleza no contributiva. Por tanto, ya no existirá la garantía de una pensión mínima contributiva, puesto que en último término lo que operará será el suelo de subsistencia no contributivo. De esta forma habrá quién, reuniendo todos y cada uno de los requisitos exigidos por el sistema para acceder a una prestación contributiva, por avatares profesionales o personales, sólo alcance a percibir, de hecho, la cuantía de una pensión no contributiva.

El sistema, además, acaba reconociendo en igual medida a quienes han hecho un esfuerzo contributivo, aunque necesiten el apoyo de los complementos a mínimos, y a quienes no han realizado tal esfuerzo aunque se beneficien del sistema mediante el acceso a las pensiones no contributivas.

El sistema resulta también complejo, en la medida en que año a año la actualización de las pensiones mínimas debería hacerse teniendo en cuenta el incremento de las pensiones no contributivas -que en estos últimos años nunca han crecido por encima del IPC- y los complementos a mínimos acabarían por no garantizar en muchos casos la pensión mínima contributiva establecida para cada ejercicio, perdiendo entonces su función y razón de ser.

**Esta modificación, puede tener efectos indirectos importantes** pues las nuevas exigencias y condiciones en las que se accede a las prestaciones de jubilación y el nuevo régimen de integración de los vacíos de cotización para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de incapacidad y jubilación, pueden determinar un aumento de las necesidades de complementos de mínimos.

El cambio, por otra parte, puede producir efectos no deseados pues tiene un impacto claramente negativo en materia de género como ya advertía el CES. En efecto en agosto del 2010, el número de pensionistas con complemento a mínimos ascendía a 2.406.421, de los cuales 1.491.229 son mujeres y 915.192 varones. Por clases de pensión, la incidencia por género no es solo superior en la pensión de viudedad, donde 705.938 de los beneficiarios de complementos a mínimos son mujeres frente a los 13.955 beneficiarios hombres; ocurre en prácticamente todas las demás clases y modalidades. En el Régimen especial de Empleadas de Hogar (donde el 92,31% son mujeres) el 66,42% de las altas de pensiones de jubilación y el 50% de las altas de pensiones de incapacidad tienen complementos a mínimos, en contraposición con el 11,02% y 8,18% en las mismas pensiones, respectivamente, en el Régimen General.

**La introducción del requisito de residencia ha llevado a que la ley 27/2011 en su disp. final 7ª** cuatro de la ley 27/2011 añada dos nuevos apartados 2 y 3, pasando el actual apartado 2 a numerarse como apartado 4, en la Disposición adicional

decimoséptima bis de la LGSS. Se refiere no sólo al incumplimiento de la obligación de la presentación de documentos que acredite la residencia efectiva en España (cuando el disfrute de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social se encuentre condicionado a la misma), sino también cuando sean citados a comparecencia en las oficinas de la Entidad Gestora competente con la periodicidad que ésta determine y no lo hagan. Los efectos del incumplimiento de una u otra obligación será objeto de suspensión cautelar.

De encontrarse no residiendo en España, cabe que una vez fijada la residencia en nuestro país puedan recuperarse el disfrute de la prestación. En efecto, si se presenta la información solicitada o se comparece transcurridos más de 90 días desde su solicitud o citación, se producirá la rehabilitación de la prestación o, en su caso, del complemento a mínimo con una retroactividad máxima de 90 días.

## 2. FINANCIACIÓN Y SEPARACION DE FUENTES

La disposición adicional duodécima (Separación de fuentes de financiación) de la ley 27/2011 establece que "el Gobierno buscará fórmulas que hagan compatibles los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, con especial interés en el cumplimiento de los compromisos de financiación mediante impuestos de los complementos a mínimos de pensiones.

El peso de los complementos de mínimos en el sistema español es considerable por el gasto, como se verá más abajo, entre otras razones porque el 27 % de las pensiones en vigor necesitan este complemento, especialmente en algunos sectores (agrarios y empleados de hogar) y en algunas pensiones (más en viudedad y orfandad que en jubilación e incapacidad permanente). El 34 % de las pensiones de viudedad necesitan estos complementos y el 56 % de las pensiones de las Empleadas del Hogar. Y depende más de la duración de las carreras de seguro que de las bases de cotización. En la última década nunca ha sido tal porcentaje inferior al 18 %. El ritmo creciente en estos últimos años se debe también a la elevación de la pensión mínima, lo que ha supuesto un gasto añadido, mayor al previsto, a principios de la década a efectos de su financiación futura.

Desde el Pacto de Toledo de 1995 quedaba pendiente la cuestión de si los complementos a mínimos deben financiarse mediante cuotas de la Seguridad Social o a través de una financiación fiscal por el Estado.

En el Acuerdo de pensiones de 2001 se fijó un periodo transitorio para que su financiación se asuma por el Estado, plazo que se mantuvo por el Acuerdo de 15 de julio de 2006. La Ley de Presupuestos mientras tanto suele fijar una aportación estatal a su financiación. Se fijó un plazo en la disposición transitoria decimocuarta de la LGSS tras la ley 24/1997 para la financiación total a cargo de la imposición general de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas.

Así según la disposición transitoria decimocuarta de la LGSS la financiación fiscal de los complementos a mínimos se llevará a cabo, de modo paulatino, en un plazo que no superará los 12 años, contados a partir del 1 de enero de 2002, en los términos que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico. Hasta que no concluya el periodo a que se refiere el apartado anterior, el coste de los complementos a mínimos, en la parte no cubierta por las

aportaciones del Estado en los respectivos ejercicios, se financiará con cargo a los demás recursos generales del sistema.

La Ley 40/2007 reitera este compromiso y se vuelve a hacer referencia al plazo de la Dispos. Trans. 14ª, esto es, 2014, para la conclusión definitiva del proceso.

Pero este objetivo está lejos de poderse alcanzar a la vista de los datos e financiación de estos últimos años.

La cuantía necesaria para sufragar los complementos a mínimos casi se ha duplicado en la última década. En 2010 todavía se cubren en un 61 % mediante cotizaciones sociales.

Pese a ello la ley 27/2011 en su disposición adicional duodécima (Separación de fuentes de financiación) reitera que el Gobierno buscará fórmulas que hagan compatibles los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, con especial interés en el cumplimiento de los compromisos de financiación mediante impuestos de los complementos a mínimos de pensiones.

No se acaba de perfilar un calendario que incluya las proyecciones y compromisos presupuestarios necesarios para el efectivo cumplimiento de la completa asunción con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de los complementos. Por esta razón la disp. ad. 12ª de la ley 27/2011 y su contenido **permite presumir que la financiación íntegra por el Estado de los complementos por mínimos no tendrá lugar en el plazo establecido** en la vigente disp. ad. 14ª LGSS. En realidad se trata de una especie de “cheque en blanco” que, ante una coyuntura económica muy desfavorable, faculta al Gobierno para adoptar medidas que eviten el aumento del déficit del Estado y, por tanto, es fácil aventurar que se retrasará la efectiva separación de las fuentes de financiación hasta que la situación económica sea más favorable<sup>44</sup>.

También hay que tener en cuenta que sin haber culminado la separación de fuentes, se han ido **revalorizando las pensiones mínimas por encima del IPC en sucesivos ejercicios trasladando al nivel contributivo una carga financiera que no le es propia.**

## **XI. LA MODIFICACION DE LA DISP. AD. 8ª DE LA LGSS (NORMAS APLICABLES A LOS REGIMENES ESPECIALES)**

- **Las modificaciones más relevantes de la ley en especial en materia de la pensión de jubilación, afectan a los regímenes especiales** en virtud de la disp. ad. 8ª apartado 1 LGSS, donde se recogen los preceptos del Régimen general que son de aplicación a todos los regímenes del sistema. La ley 27/2011 en su disp. ad. 8ª da nueva redacción a este apartado, para declarar aplicable lo dispuesto en el art. 161 apartado 1 incluyendo, por tanto, lo establecido en sus letras a) (**requisito de la edad**) y b) (**periodo mínimo de cotización**) cuando la redacción actual sólo contempla la aplicación del art. 161. letra b), (además del 2 y el 3) quizá en atención a las particularidades que presentan los regímenes especiales de la minería del carbón y de los trabajadores del mar en lo relativo a la reducción de la edad ordinaria de jubilación. Sin embargo, no tiene

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, “Separación de las fuentes de financiación”, CEMICAL; Boletín n. 50, 2011.

excesiva trascendencia al contar con coeficientes reductores pese a que **ahora se declare aplicable esta letra a (edad de 67 años o de 65 en carreras completas) cuando no lo era cuando la edad de jubilación ordinaria era la de los 65 años.** Téngase en cuenta que no todos los integrados en los regímenes especiales de la minería del carbón y del mar pueden acceder a jubilaciones a edades anteriores por realización de trabajos penosos.

-La disp. ad. 49ª extiende **los beneficios de la cotización por cuidado de hijos** de la disp. ad. 59 de la LGSS (introducida por la ley 27/2011) a todos los regímenes de la Seguridad Social.

-Se extiende la **jubilación anticipada voluntaria** a todos los regímenes de la Seguridad Social y por tanto también a RETA y cuenta propia del REMAR.

- Se aplica a todos los regímenes el art. 165.4 de la LGSS (**Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación**).

-La disposición adicional cuadragésima Cuatro modifica el apartado 4 de la disposición adicional octava. Se trata de una simple modificación técnica al suprimirse el régimen especial de los empleados de hogar.

- Téngase en cuenta también que el propio artículo 7 de la ley 27/2011 introduce una nueva disposición adicional, la quincuagésima octava, en la LGSS según la cual **la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con efectos de 1 de enero de 2013 formará parte de la acción protectora obligatoria** de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de los mismos a partir de la indicada fecha.

## **XII.LA MODIFICACION DEL RETA**

### **I.CONVERGENCIA Y ADECUACION DE LA COTIZACION EN EL RETA**

#### **1.1. PROCESO DE CONVERGENCIA Y NIVEL DE COBERTURA**

La ley 27/2011 afecta a los trabajadores autónomos (del RETA y régimen de trabajadores del mar, REMAR), en numerosos aspectos, ya se trate de medidas de carácter general, extensibles a estos regímenes especiales, como las que se refieren a la edad de jubilación, a su aplicación gradual, a la forma de cálculo de la pensión (base reguladora y porcentajes), a la incapacidad permanente, complementos a mínimos, etc., ya se trate de medidas referidas directamente a los propios trabajadores autónomos dentro del proceso de convergencia con el Régimen general .

Tal convergencia está muy lejos de conseguirse en cuanto a la acción protectora real. Al comparar las pensiones medias de jubilación de ambos regímenes, general y RETA se observa que la correspondiente al RETA es aproximadamente un 40 % inferior a la generada en el Régimen general y esta situación puede agravarse cuando se amplíe el periodo de cálculo de la base reguladora de esta pensión. Ello se debe de un lado a la base de cotización elegida y de otra a sus cortas carreras de seguro.

Veamos cómo esta baja protección se deriva de la estructura de la cotización y la libertad de elección de la base.

## 1.2. ADECUACION DE LAS BASES DE COTIZACION

La cotización dentro del RETA siempre ha sido una cuestión problemática al basarse en el criterio de libre elección, con ciertas limitaciones, entre una base mínima y una máxima, no en función de las rentas reales.

Ello plantea en primer lugar problemas en algunos sectores en que el autónomo alcanza unos rendimientos inferiores a la base mínima e incluso al SMI que se fijaría según la jurisprudencia no como regla general, pero si en algunos colectivos concretos, cuando no existan otros datos reveladores de la profesionalidad, de la habitualidad y del carácter de medio fundamental de vida de la actividad profesional que se lleva a cabo <sup>45</sup>. Esta cuestión no se aborda por la LETA, salvo cuando de una manera genérica los artículos 25. 3 y 27. 2 c) del Estatuto del Trabajo Autónomo, prevén la posibilidad de establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida. Y que la ley 27/2001 (disp. ad. 9ª) precisa más, esto es, “cuando por su naturaleza, tienen especiales dificultades para aumentar su capacidad económica y de generación de rentas, o para aquellos sectores profesionales que de forma temporal puedan sufrir recortes importantes en sus ingresos habituales”.

Estas bonificaciones se abordan también en la LETA **como medida de fomento del trabajo autónomo**. Y una de las medidas de fomento (art. 27 de la Ley) es “**establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social**”.

Una de sus finalidades además de medidas de lanzamiento es permitir el encuadramiento en el RETA mediante bases especiales a determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida.

La concreción de los colectivos apenas se aborda por la LETA. La ley 27/2001 (disp. ad. 9ª) precisa más las razones de por qué bonificar a estos colectivos y complementa los artículos citados “cuando por su naturaleza, tienen especiales dificultades para aumentar su capacidad económica y de generación de rentas, o para aquellos sectores profesionales que de forma temporal puedan sufrir recortes importantes en sus ingresos habituales”.

En las LPE de estos últimos años los colectivos destinatarios han sido los autónomos **dedicados a la venta ambulante o a domicilio**. Además **los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado dedicados a la venta ambulante**, que perciban ingresos directamente de los compradores, quedarán incluidos, a efectos de la

---

<sup>45</sup> Subagentes de seguros y otros profesionales)(STS de 29 de octubre de 1997 RJ 7683y 16 de mayo de 2001 RJ 5217), jurisprudencia que alguna doctrina judicial como las de STSJ Extremadura de 5 de noviembre de 1998 (AS 4425), Cataluña de 26 de septiembre de 2000 (AS 4250), Andalucía 5 de abril de 2001 (AS 243628), extiende a otros colectivos. En contra, en cambio, de tal extensión STSJ Castilla-León/Valladolid de 28 de febrero de 2000 (AS 1527) y Cataluña de 24 de febrero de 2002.

Seguridad Social, en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos<sup>46</sup>, siéndoles de aplicación, a efectos de la cotización, lo previsto en el punto 4, párrafo primero, de este apartado. En los supuestos en que se acredite que la venta ambulante se lleva a cabo en mercados tradicionales o «mercadillos», con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por la base mínima establecida en el punto 1 o una base equivalente al 55 por 100 de esta última. En cualquier caso, se deberá cotizar obligatoriamente por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Tal regulación no ha variado tras la ley 27/2011 en su disposición adicional decimoquinta (Cotización a la Seguridad Social de trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio). Probablemente sea necesaria tal disposición adicional, al contar ya con el art. 25.3 de la LETA.

No obstante, lo verdaderamente importante es que no se vuelve a la regulación anterior a LPE para 2009 en relación con las Cooperativas de trabajo asociado de venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores. El riesgo de creación de falsas cooperativas, espurias, sólo para acceder a desempleo, era grande. De ahí la reforma llevada a cabo en este punto por la ley 2/2008.

En segundo lugar por la **libertad de elección de las bases** de cotización aun dentro de ciertos límites. Las bajas prestaciones del RETA tiene mucho que ver con la base de cotización elegida ya que en la mayoría de los autónomos, un 80%, es la mínima. Esta libertad sólo se limita en ciertos supuestos en función de la edad del autónomo por su relación con la base reguladora de la pensión de jubilación. Así, **de acuerdo con lo establecido por la LPE para 2011, ley 39/2010 de 22 de diciembre, la frontera de la cotización se estableció en la frontera de 48 años frente a la tradicional, salvo algunas excepciones de 50 años.**

Si tuvieren 50 o más años edad, la base de cotización tenía ciertas limitaciones salvo que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, al fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en el Régimen de Autónomos (RETA) con 45 o más años de edad.

No obstante, los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social por espacio de cinco o más años, se rigen por reglas especiales.

Ya se ha señalado al exponer la estructura de la cotización cómo este se basa en la libertad de elección de la base de cotización, con algunas limitaciones a partir de determinados años, que la LPE para 2011 fija como frontera en los 48 años frente a los 50 que ha sido la edad tradicional. No era caprichosa esa edad sino que tomaba en

---

<sup>46</sup> El artículo 120.Cuatro.8 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 modifica el régimen de encuadramiento de estas cooperativas de manera que mientras que las Cooperativas de trabajo asociado pueden optar entre el régimen correspondiente a trabajadores por cuenta ajena y el de trabajadores por cuenta propia del régimen que corresponda en función de la actividad (disp. ad. 4ª LGSS disp. ad. 4ª y RD 225/1989 de 3 de marzo), las de venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores deben encuadrarse en el RETA, si bien con peculiaridades de cotización en especial en caso de trabajo a tiempo parcial.

cuenta la forma de cálculo de la pensión de jubilación al tomar como base reguladora la de los últimos quince años anteriores al hecho causante a la edad de 65 años, la edad ordinaria de jubilación.

De los datos estadísticos del MTIN se observa como los autónomos en su mayoría adoptan la base mínima y a partir de los 50 años cambian de base permaneciendo en la base mínima un porcentaje mucho menos, esto es, la ley les permite planificar su carrera asegurativa en cuanto a la cuantía de las bases, los años que cotizan en orden a calcular la cuantía de la pensión.

Las bajas pensiones derivan tanto de las bases de cotización bajas como de las carreras de cotización.

La **reforma que introduce la ley 27/2011** introduce cambios en el sentido de **posibilitar aun más la libertad de elección de la base**, una vez modificada la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (art.162 apartado 1 de la LGSS) con su elevación gradual desde los 15 a los 25 años (disp.trans.5ª LGSS) para todos los regímenes (disp. ad. 8ª LGSS). A partir de la reforma no hay ya demasiado inconveniente en extender la libertad de elección de la base, con ciertos límites, Y así la disposición adicional trigésima tercera de la ley 27/2011 establece que a “partir del 1 de enero de 2012, y con carácter indefinido, los trabajadores del Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o Autónomos podrán elegir, con independencia de su edad, una base de cotización que pueda alcanzar hasta el 220 por ciento de la base mínima de cotización que cada año se establezca para este Régimen Especial”.

Esto permitirá que aquellos que con 48 o 49 años no hayan ejercitado la opción contemplada en la LPE para 2011 (elegir una base de cuantía superior a 1.682,70 euros mensuales) dentro del plazo establecido en la misma, esto es, antes del 30 de junio de 2011, podrán ahora acogerse a esta disposición adicional. Y lo mismo cabe decir de ese todavía elevado porcentaje que oscila entre el 60 y 70 % de los afiliados de 50 años o más que habitualmente no modifica su base mínima al llegar a esa edad. La nueva opción no afectará, en cambio, a aquellos cuya base de cotización a los 50 años estaba ya por encima del doble de la base mínima.

Puede ser discutible la medida introducida por la ley 27/2011 **tenga carácter permanente** y que no se haya fijado una fecha a partir de la cual cabría su revisión, tras un periodo de seguimiento y evaluación, al menos, la que coincida con el fin del periodo transitorio de aplicación de la nueva base reguladora de la pensión de jubilación.

En el fondo tal medida tiene por objeto que los afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que en el momento de entrar en vigor esta Ley estén comprendidos entre los 50 y los 65 años, puedan **eleva las nuevas base de cotización**, (evidentemente no revisar las cotizaciones ya realizadas), correspondientes a los periodos que se incorporan al nuevo periodo de cómputo, **para compensar la merma en sus futuras pensiones que pudiera producirse derivada del incremento del periodo que se tiene en cuenta para calcular la pensión de jubilación**.

### 1.3. LA ADAPTACION DE LAS BASES

En la ley 27/2011 sin embargo, no se aborda el verdadero problema que es **la cuantía de la base mínima y sus relaciones con los salarios reales**. Ante esta cuestión se plantean diversas posibilidades, desde aumentar su cotización mensual, lo que supone un gran esfuerzo para muchos de ellos, que según algunas organizaciones profesionales de autónomos o bien aumentarla pero con acompañamiento de medidas de estímulo y bonificación para ir mejorando la situación de las pensiones (UATAE) para ir equiparándola con los ingresos reales.

En este sentido el tratamiento de las bases de cotización del RETA debería tender, según la Comisión del Pacto de Toledo, a que sus cuantías guardaran una cierta correlación con los ingresos reales del trabajador, evitándose así situaciones de infraseguro o de sobreprotección desconectadas de las rentas generadas por las actividades que dan lugar a la inclusión en el nivel contributivo de Seguridad Social.

Y en este sentido la disposición adicional novena de la ley 27/2011 (adecuación del Régimen Especial de Autónomos) contempla que “al objeto de hacer converger la intensidad de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena, las bases medias de cotización del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos experimentarán un crecimiento al menos similar al de las medias del Régimen General.

En todo caso, la subida anual no superará el crecimiento de las medias del Régimen General en más de un punto porcentual. Las subidas de cada año, así como cualquier otra modificación sustancial del sistema, se debatirán con carácter previo en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como con las organizaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativas, y se consultará al Consejo Estatal del Trabajo Autónomo según establece el artículo 22 de la Ley 20/2007, y no serán aplicables los años en los que las crisis económicas tengan como efectos la pérdida de rentas o empleo en este colectivo.

Por su parte, la disposición adicional vigésima de la ley 27/2011 prevé que el gobierno debe elaborar en el plazo de un año un estudio sobre las cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos en relación a los ingresos del sistema percibidos por los mismos, en relación al desarrollo de la recomendación número 4 del Pacto de Toledo.

#### 1.4. LA COTIZACIÓN EN EL SETA

La disposición adicional cuadragésima quinta modifica el tipo de cotización para trabajadores del sector agrario integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos mediante un sistema especial (SETA). En efecto, para estos trabajadores el tipo de cotización aplicable a la base de cotización elegida hasta una cuantía del 120 por ciento de la base mínima establecida para este régimen será el 18,75 por ciento.

Modifica el artículo 3 de la ley 18/2007 de 4 de julio de creación del SETA según el cual una de las reglas de cotización contempladas en la incorporación es que respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, si el trabajador optara como base de cotización por la base mínima que corresponda en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el tipo de cotización aplicable será del

18,75 %. Si, en cambio, el trabajador optase por una base de cotización superior a la mínima señalada en el párrafo anterior, sobre la cuantía que exceda de esta última se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos para las contingencias de cobertura obligatoria.

Pues bien, la ley 27/2011 establece que desde el año 2012 el tipo de cotización aplicable a la base de cotización elegida hasta una cuantía del 120 por ciento de la base mínima establecida para este régimen será el 18,75 por ciento y no el vigente en cada momento para los trabajadores autónomos de la industria y los servicios del RETA. Esta modificación además de contemplar un tipo único sin fragmentar la base permite aumentar la base mínima sin que varíe el tipo por lo que constituye una mejora significativa, un incremento de la acción protectora sin que se aproximen los costes a los del RETA propiamente dicho.

## 2. ACCION PROTECTORA

### 1. EXTENSIÓN OBLIGATORIA DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES

En 2003 se introduce por vez primera la protección por riesgos profesionales en el RETA,<sup>47</sup> si bien su cobertura era voluntaria. Tras la LETA se extiende de manera obligatoria a los trabajadores autónomos económicamente dependientes la protección por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y se establece como obligatoria también la IT, sea por riesgos comunes o por riesgos profesionales (disp. ad. 3ª). Tras las LPE también, como se vio más arriba, a las cooperativas de venta ambulante.

En esta misma disposición se prevé que por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En tales supuestos, será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 26.

Se trata de medidas que, junto con las previstas en las disposiciones adicionales, tienden a favorecer la convergencia del RETA con el Régimen General.

Y esta es una medida de gran calado. La disposición adicional quincuagésima séptima de la ley 27/2011 procede a la ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de manera que formará parte de la acción protectora obligatoria de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de los mismos a partir de 1 de enero de 2013.

**La ley 27/2011 sigue la tendencia de la LETA de ir abandonando el principio de la voluntariedad u opcionalidad en favor de la obligatoriedad<sup>48</sup>.** La voluntariedad

<sup>47</sup> LOPEZ GANDIA; J: “La nueva protección social de los trabajadores autónomos” RDS n.24/2003.

<sup>48</sup> Vide LOPEZ GANDIA, J y TOSCANI GIMENEZ, D., “El régimen profesional y de Seguridad Social de los trabajadores autónomos” Madrid, 2010, El Derecho, p.121 y ss. Y

constituye una de las características empleadas por el RETA en el proceso de extensión de su acción protectora.

El reducido número de trabajadores que han concertado voluntariamente esta cobertura a pesar de las medidas de estímulo adoptadas (la última consistió en asociar la protección por cese de actividad a la cobertura de las contingencias profesionales) ha llevado al legislador a ir más allá del paso intermedio previsto en la propia LETA, en la disp. ad. 3ª como era extender la obligatoriedad en trabajos en aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, y que ahora no será necesario, pues la medida afectará ahora a los autónomos en general.

La obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales, no obstante, sólo afecta a los que **causen alta en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2013** sean por realizar su primera actividad en el RETA o por volverse a dar de alta en el mismo. Evidentemente nos encontraremos con dos regímenes jurídicos diferentes en función de la fecha del alta, trabajadores con protección obligatoria junto a trabajadores con cobertura voluntaria, aunque desarrollen la misma actividad. Otra opción hubiera sido establecer la obligatoriedad para todos, como hizo la LETA con la IT.

La reforma no afecta a los trabajadores por cuenta propia del REMAR pues ya tienen prevista la protección por contingencias profesionales.

En cuanto a los del SETA la disp. ad. 3ª.3 de la LETA decía que “lo dispuesto en los apartados anteriores (cobertura obligatoria de la IT) no será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al *Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia*, para quien la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria”. La ley 27/2011 afectará a la cobertura del SETA prevista en el RD 84/1996 (artículo 47 bis). En este artículo n.5 en desarrollo de lo previsto en la disp. ad. 3ª de la LETA se establece que la cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez y muerte y supervivencia, sin perjuicio de la posibilidad de proteger voluntariamente la totalidad de dichas contingencias en los términos señalados en el párrafo siguiente. Tras la ley 27/2011 se extenderá, por tanto, a todas las contingencias.

Sus **consecuencias sobre la cobertura de la prestación de cese de actividad son muy claras**. En la medida en que la prestación de cese de actividad exige previamente la cobertura de las contingencias profesionales, indirectamente la reforma potenciará la extensión de esta prestación a más trabajadores autónomos de los que la han suscrito hasta este momento (unos 570.000).

En el Informe de la Comisión de expertos de 2008 quedaba claro que en la LETA no se previó que la cobertura de esta nueva prestación fuera obligatoria. La disp. ad. 4ª de la

---

LOPEZ GANDIA, J., "La protección social del RETA tras el Estatuto del Autónomo" en "La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial" Albacete, 2010, ed. Bomarzo.

LETA no formula un pronunciamiento directo sobre la naturaleza voluntaria u obligatoria de la prestación por cese de actividad cuya regulación ordena preparar al Gobierno. No obstante ello, la exigencia de que se deban garantizar los principios de “contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera” ya sugiere, aunque sea de manera implícita e indirecta, la preferencia del legislador por configurar la nueva prestación con carácter obligatorio. Tal fue la opinión en su día emitida por el informe de la Comisión de Expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo<sup>49</sup> por ser la única fórmula capaz de garantizar tales exigencias. De configurarse con carácter voluntario, la cobertura económica de la prestación resultaría muy elevada ya que a ella se acogerían casi de manera exclusiva aquellos autónomos o grupo de autónomos con mayor nivel de riesgo de aplicación del hecho causante de la propia prestación. Además, es la que mejor se acomoda, haciendo suyas, las orientaciones políticas marcadas por el Pacto de Toledo y, más en particular, la referida a la progresiva convergencia de la acción protectora del RETA con el Régimen General, donde la cobertura se rige por el principio de la obligatoriedad.

Pese a ello la ley 32/2010 utilizó una fórmula ciertamente retorcida que sólo mediante una interpretación forzada podía dar pie a defender el carácter obligatorio para aquellos que hubieran suscrito la cobertura de los riesgos profesionales. Y así en su art.2 (Ámbito subjetivo de protección) se dice que “la protección por cese de actividad **alcanza** a los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”.

La expresión “alcanza” no parece suficiente para deducir de ella el carácter obligatorio de la cobertura. Cuando el legislador ha querido establecer tal carácter lo ha hecho de manera expresa y clara. Como en la propia LETA en relación con la IT (disp. ad. 3ª.1) y ahora la ley 27/2011 en relación con los riesgos profesionales en la disposición adicional 57ª que se está comentando.

Así pues, los nuevos autónomos que se den de alta a partir del 1 de enero de 2013 deberán suscribir la cobertura de los riesgos profesionales, pero no necesariamente la de la prestación de cese de actividad. Otra cuestión será que, dados los costes establecidos en la ley 32/ 2010, una vez se suscriban aquellos, se incentive la cobertura también de la prestación de cese de actividad. Por esta razón si bien la interpretación de la ley 32/2010 puede teóricamente provocar bajas en los autónomos que habían optado por la cobertura de los riesgos profesionales, era poco probable, dada el bajo coste que supone la cotización por cese de actividad (que encontraba, además, una compensación con rebaja en la cotización por IT).

La extensión de los riesgos profesionales a todos los autónomos plantea la cuestión de aquellos **socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que han optado por el RETA** pero no por la cobertura dentro del mismo de los riesgos profesionales, en ocasiones por instrumentar para las prestaciones derivadas de los mismos (y también

---

<sup>49</sup> AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Madrid (Ed. MTAS) 2006, p. 210.

para la de cese de actividad) **mecanismo propios de protección**, que ahora se intentan salvaguardar frente a la extensión del sistema público. No es fácil dar con el cauce adecuado para su conservación a menos que se utilicen la figura de la colaboración voluntaria empresarial para nuevos supuestos. Puede adoptarse el esquema del régimen general, pero sólo para prestaciones como la IT, pues resulta novedoso y de gran complejidad abordar mediante colaboración voluntaria las pensiones (incapacidad permanente, Muerte y supervivencia) derivadas de contingencias profesionales.

Pese a ello en la ley 27/2011 se prevé que la protección obligatoria frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales podrá desarrollarse en este supuesto en régimen de colaboración con la Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se establezcan siempre que estas cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que cubra estas contingencias y que dicho sistema intercooperativo cuente, con anterioridad al 1.1.2013, con la autorización de la Seguridad Social para colaborar en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal.

**Lo mismo cabe decir respecto de la prestación de cese de actividad.** Se plantea aquí también que la protección por cese de actividad “no resulte obligatoria” en este caso “siempre que estas Cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que establezca un nivel de cobertura, en lo que respecta a las situaciones de cese de actividad, al menos equivalente al regulado en la Ley 32/2010” (disp.ad. 51ª de la ley 27/2011).

No parece muy acertada esta previsión. En primer lugar, se argumenta, infundadamente, a nuestro juicio, que la protección por cese de actividad del RETA se ha diseñado para autónomos individuales y no para socios de Cooperativas, por lo que no aporta valor diferencial a este tipo de entidades. En segundo lugar, porque esta disposición adicional 51ª de la ley 27/2011 parte del erróneo presupuesto de que la cobertura de la prestación de cese de actividad es obligatoria y ya señalamos antes que ni siquiera la interpretamos así cuando se da la cobertura de los riesgos profesionales.

## 2. AUTÓNOMOS Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

En la LETA (art.1. Supuestos incluidos) no se distingue entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial pues el artículo se limita a decir que “La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

Una de las reivindicaciones históricas de los autónomos es el reconocimiento de la posibilidad de cotizar y trabajar a tiempo parcial y converger de este modo con los trabajadores por cuenta ajena. No es fácil, sin embargo, introducir todo el sistema de la parcialidad en esta forma de trabajo dadas sus características de autonomía y las dificultades de comprobar y controlar la naturaleza efectiva de esta forma de trabajo. Sólo en los supuestos de trabajos de temporada cabe la posibilidad de admitir periodos de alta por estas razones, pero sin que ello suponga la admisión de la figura del trabajo autónomo fijo discontinuo o a tiempo parcial. Incluso en algunas actividades en las que trabajando a tiempo parcial cabe un control indirecto el legislador no ha reconocido tal

figura sino que ha optado por establecer bases de cotización mensuales específicas (venta ambulante o a domicilio, vide supra). En los TRADE la propia definición de la figura pese a la posible presencia de espacios de subordinación o dependencia jurídica (jornada, horario, art. 17 de la LETA) se construye sobre la dependencia económica.

Pese a todo, la ley 27/2011 si bien de manera más bien programática y necesitada de una regulación específica posterior, modificando el art. 1 de la LETA, ha reconocido, que la actividad económica o profesional regulada por ésta, autónoma o por cuenta propia **podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial**. Lo mismo se establece en el art. 24 a efectos de su encuadramiento en el RETA y en el art. 25 en relación con sus repercusiones en materia de protección social.

La cotización a tiempo parcial y consiguiente régimen de seguridad social (normas propias o, en su defecto, la disp. ad. 7ª de la LGSS y normas reglamentarias de desarrollo) no se contempla, sin embargo con carácter general para todos los autónomos, sino que sólo se podrá establecer “para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral”.

Incluso se prevé que las bonificaciones y reducciones en la cotización de los autónomos (disp. ad. 2ª letra e) nueva) pueden extenderse no sólo a supuestos de pluriactividad, discapacitados, colectivos que se determinen legal o reglamentariamente, sino también a quienes en función de su actividad la ejerzan a tiempo parcial, en unas condiciones análogas a las de un trabajador por cuenta ajena contratado a tiempo parcial.

### 3. LA JUBILACION ANTICIPADA Y LA JUBILACION PARCIAL

Las nuevas normas sobre la edad de jubilación ordinaria y determinación de la base reguladora resultan aplicables a los trabajadores autónomos (disp. ad. 8ª de la LGSS).

Sin embargo, la ley 27/2011 presenta como gran novedad directamente aplicable, no programática, el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada en el proceso mencionado de convergencia con el régimen general. Y así la disp. ad. 8ª reconoce el derecho a la **jubilación anticipada voluntaria** a los 63 años en las mismas condiciones que los trabajadores del Régimen general de la Seguridad social (art. 161 bis, apartado 1 y apartado 2. B).

Queda, no obstante, pendiente la extensión de la **jubilación anticipada por crisis**. Una vez consagrado el principio de cese involuntario de actividad en la nueva prestación para los autónomos que arrancó con la ley 32/210, ya no hay razones para que los trabajadores por cuenta propia no puedan jubilarse anticipadamente como los asalariados expulsados del mercado laboral por crisis. No obstante, hay que tener en cuenta que habrá que traducir las diversas situaciones de cese de actividad al concepto y requisitos de la jubilación por crisis de art. 161.bi A) LGSS, por lo que no todas las situaciones legales de cese de actividad podrán encauzarse a través de la misma, sino sólo las del art. 5 que respondan a motivos económicos o cese por violencia de género.

Sigue pendiente para los autónomos la regulación del **adelantamiento de la edad de jubilación en trabajos tóxicos, penosos y peligrosos**, anunciado ya por la LETA (art. 26.4).

Habrá que tener en cuenta también la Disposición adicional vigésima tercera (*Actualización de los coeficientes reductores de la edad de jubilación*) que encarga al Gobierno aprobar, en el plazo de un año, las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando en su caso los porcentajes actuales de cotización. Aunque, dadas ciertas referencias a condiciones de trabajo, parece que este mandato reglamentario se refiera sólo a trabajadores por cuenta ajena no tiene por qué ser así y podría comprender los “distintos sectores y ámbitos de trabajo”, se desarrollen por cuenta ajena o por cuenta propia.

En cualquier caso, resultan de aplicación a los autónomos las normas que desarrollan el art. 161 bis 1 sobre adelantamiento de la **jubilación de discapacitados**, como ya lo eran antes de la modificación de la disposición adicional 8ª de la LGSS por la ley 27/2011.

En cuanto a la **jubilación parcial** la disp. ad. 34ª de la ley 27/2011 establece que “el Gobierno presentará, en el plazo de un año, un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar”. Mientras tanto la disp. ad. 8ª de la LGSS seguirá excluyendo a los regímenes especiales de la aplicación del art.166 de la LGSS.

Ya se mencionó que, una vez que se regule el trabajo a tiempo parcial, se despeja uno de los principales obstáculos para la extensión de esta figura también a los regímenes especiales de autónomos (RETA y trabajadores del mar).

No obstante, ni la extensión será generalizada para todos los autónomos, ni parece tratarse de la misma jubilación parcial que la de los trabajadores por cuenta ajena, pues el autónomo “cesa en su negocio” o lo traspasa. Ni tampoco parece que se trate, en su caso, del mismo contrato de relevo.

#### 4. INTEGRACION DE LAGUNAS

Según la disposición final octava de la LGSS sigue sin aplicarse a los autónomos el régimen de integración de lagunas de los arts.140.4 y 162.2 de la LGSS, ni, por tanto, las importantes modificaciones introducidas por la ley 27/2011. Quizás cabría plantear algún mecanismo que con las debidas cautelas y con un control adecuado permitiera tener en cuenta algunas situaciones objetivas de lagunas en periodos de baja por IT. En este punto, el hecho de que la cotización dependa del autónomo a diferencia del régimen de trabajadores por cuenta ajena es, sin duda, un obstáculo.

#### 5. PRESTACION DE CESE DE ACTIVIDAD

Tras 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 (Disposición adicional segunda. *Protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos*) se modifica el último párrafo del apartado 1 del artículo 7 de 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, que queda redactado de la siguiente forma:

«Dicho reconocimiento supondrá el nacimiento del derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, a partir **del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante** del cese de actividad. Cuando el trabajador autónomo económicamente dependiente haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación, no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación.»

Esta totalmente justificada la modificación de la fecha de efectos del percibo de la prestación de cese de actividad para evitar el periodo de espera que podía alcanzar casi dos meses, según los casos, que se contempló en el art. 7 apartado primero de la ley 32/2010. Además de suponer un trato discriminatorio en relación con la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, en la redacción de la ley 32/2010 se daba cierta discordancia entre la fecha de abono de la cotización durante la percepción de la prestación, que era la del mes inmediatamente siguiente a la del hecho causante, y la de la propia prestación, que era la del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad<sup>50</sup>.

Por otra parte, el RD 1541/2011 de 31 de octubre desarrolla la ley 32/2010.

## 6. VALORACION DE PERIODOS DE COTIZACION POR CUIDADO DE HIJOS

Como ya se señala en otra parte de este trabajo, el art. 9 de la ley 27/2011 ha introducido una nueva disposición adicional, la sexagésima por la que se crean nuevos beneficios por cuidado de hijos o menores que, como ya se señaló, es aplicable a todos los **regímenes especiales**.

No obstante, cabría haber modificado la redacción del precepto para tener en cuenta las especialidades profesionales de los autónomos, que obviamente “no extinguen una relación laboral”, ni finalizan prestaciones por desempleo. Habrá que entender, entonces, que se trata de ceses comunes o de situaciones posteriores a ceses de actividad que hayan dado lugar a una prestación de la ley 32/201 y, por tanto, a su agotamiento.

## 7. REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE DEL PAGO DE LAS COTIZACIONES

En el caso de que se solicite aplazamiento del pago de las cuotas debidas, las cuotas aplazadas son computables para la cobertura del período previo de cotización exigido y, en su caso, para la determinación de la cuantía de las prestaciones, siempre que se den ciertos requisitos.

La jurisprudencia ha exigido de un lado que el aplazamiento hubiese sido concedido con anterioridad al hecho causante de la prestación<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Véase LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI GIMENEZ, D. “El régimen profesional y de Seguridad Social de los trabajadores autónomos”, Madrid, El Derecho, 2010, p.166.

<sup>51</sup> STS 29 de septiembre de 2009, (RJ 6554), 17 de abril de 2007, (RJ 3982) y 7 de mayo de 2004, (RJ 4365). No se considera al corriente en el pago de las cotizaciones aunque se solicite

También ha afirmado que en caso de solicitud de aplazamiento del pago, se considera al corriente del pago, no bastando que la fecha de solicitud del aplazamiento fuera anterior a la del hecho causante, sino que también este debe ser posterior a la fecha de concesión del aplazamiento (TS de 22 /9/2009, 17/4/2007).

La Disposición final séptima de la ley 27/2011 procede a modificar la Disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social y añade una precisión sobre cómo se debe interpretar el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas para tener derecho a las prestaciones en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones.

Y así establece que cuando al interesado se le haya considerado al corriente en el pago de las cotizaciones a efectos del reconocimiento de una prestación, en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumpla los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. A tal fin, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) de esta Ley, la Entidad Gestora de la prestación podrá detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada. Así pues, la Entidad gestora puede suspender el abono de la prestación si el trabajador al que se consideró que estaba al corriente en el pago por tener concedido aplazamiento incumple las condiciones del mismo<sup>52</sup>.

Se colma así un vacío legal existente en la LGSS y en el art.28.2 del Decreto 2530/1970 de 1970 (art.28.2).

De otra parte, la ley 27/2011 introduce una modificación del apartado 3 de la disposición adicional undécima bis que es simplemente técnica.

En efecto, el art. 3.8 del RD 295/2009 de 6 de marzo en las prestaciones de maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia viene a contemplar en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones para el reconocimiento y abono de la prestación el requisito imprescindible de que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Y a tal fin, resulta de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause éste. El precepto se remitía a lo establecido en la disposición adicional trigésima novena de la LGSS.

---

aplazamiento de pago, si dicha solicitud es posterior al hecho causante (STS de 24 de septiembre de 2003 RJ 7002, 4 de mayo de 2004 Rec 2037/03).

<sup>52</sup> Ya es interpretó de este modo por STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2008 (Rec. 675/07).

De manera ya específica la disp. ad. 11<sup>a</sup> bis para maternidad y paternidad en los regímenes especiales mencionaba tanto a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como a los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.

Puesto que los empleados de hogar se integran en el Régimen General, la ley 27/2011 modifica el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis de la LGSS que queda redactado de modo que ya no menciona a los empleados de hogar.

## 8. LA PARTICIPACION EN LOS ORGANOS DE SUPERVISION Y CONTROL DE LAS MUTUAS

Dentro de la futura regulación de las Mutuas anunciada por la disposición adicional decimocuarta de la ley 27/2011 uno de los criterios que debe tenerse en cuenta es promover, dada su condición de entidades colaboradoras con la Seguridad Social, el debido desarrollo de la participación de las asociaciones profesionales más representativas de los trabajadores autónomos en sus órganos de supervisión y control.

## 9. LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

Las Mutualidades de Previsión Social son instituciones que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario, complementaria al sistema público de Seguridad Social obligatoria, tal como dispone el artículo 2.1 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social.

La regulación detallada del carácter alternativo al RETA de determinadas mutualidades de previsión social era una cuestión que estaba pendiente desde hace años siendo insuficiente la regulación prevista en la citada Disposición Adicional 15 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Muchos aspectos de ésta cobertura no quedaron claramente perfilados, como la situación de los colectivos que optaron por el RETA y el cómputo de las cotizaciones o aportaciones realizadas a la Mutualidad, y, especialmente, si el nivel de cobertura debe ser, al menos, equiparable al del RETA.

La opción por Mutualidad por los colegiados e integrados en la Mutualidad de Previsión antes de 10 de noviembre de 1995 da lugar a la toma en consideración, aun fuera del sistema, por la Seguridad Social de un régimen de protección que no es público, sino basado en el seguro privado y en los planes de pensiones, sin garantías ni responsabilidades públicas, ni competencia de la jurisdicción social (disp. ad. 11<sup>a</sup> de la LEC que ha modificado el art. 2.d) de la LPL)<sup>53</sup> y sin cómputo recíproco de cotizaciones con los regímenes de Seguridad Social. La propia Mutualidad determina el alcance de la acción protectora y sus formas. Por ello, y teniendo en cuenta esta forma de aseguramiento, la afiliación a la Mutualidad no impide la afiliación también al RETA, ya que la ley sólo establece un mínimo y no impide la acumulación<sup>54</sup> ni, por

---

<sup>53</sup> STS de 28 de junio de 2007 (Rec. 5400/2005).

<sup>54</sup> STS de 25 de enero de 2000 (Rec. 1317/1999).

tanto, la compatibilidad también de prestaciones<sup>55</sup>. Como la Mutuality no está dentro del sistema, el ejercicio profesional es compatible con ciertas prestaciones del sistema públicos (vgr. jubilación) o con ciertas situaciones (convenio especial), aunque no por ello deja de ser una actividad a ciertos efectos (es incompatible con la prestación por desempleo, si se es ejerciente, se puede otorgar el pago único para desarrollar la actividad con opción por Mutuality, etc.).

Lo más grave sin embargo, es que, pese a la alternativa que el sistema de la Mutuality supone frente al RETA, la ley no exige que el nivel de protección sea similar o equiparable, sin que por ello se vulnere el principio de igualdad<sup>56</sup>.

Sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de los profesionales liberales colegiados están afiliados a la Mutuality mientras que el número de profesionales colegiados que se encuentran afiliados en el RETA es todavía muy bajo, según los datos del MTIN (Secretaría general de Empleo).

Las Mutualidades que empleaban hasta 1995 un sistema de reparto han pasado a un sistema de capitalización individual, lo que ha motivado que una generación haya tenido que hacerse cargo de las pensiones de sus mayores y, al mismo tiempo, se haya dotado de reservas para hacer frente a sus propias prestaciones. Por ello, durante esta fase transitoria las Mutualidades han tenido que autolimitar las prestaciones. El plazo concedido por la Ley de Seguros para que las Mutualidades alternativas pasasen a financiar todas sus prestaciones mediante capitalización individual vence en 2012, y, por ello, en la actualidad, muchas ya se encuentran con su sistema prestacional garantizado por capitalización individual y otras se encuentran en camino de conseguirlo. La Mutuality de la Abogacía completó el tránsito a la capitalización individual en el año 2005.

Las Mutualidades que ya se rigen por capitalización individual tienen constituidas las prestaciones de cada mutualista con los propios fondos de reserva acumulados a favor de cada uno. El paso al sistema de capitalización individual plena ha permitido, por ello, que los mutualistas hayan ido mejorado voluntariamente sus aportaciones en los últimos años, mejorando sus coberturas de riesgo (fallecimiento, invalidez permanente, invalidez temporal), y las de ahorro jubilación.

No obstante, no es tan seguro que en el futuro los mutualistas desprotegidos no se vean obligados a apelar a prestaciones públicas no contributivas. Y que los sistemas de ayudas solidarias, que se dotan con los excedentes anuales, con los que cuentan las mutualidades puedan ser suficientes.

Ya en el documento del Gobierno remitido al Pacto de Toledo de 29 de enero 2010 se llamaba la atención sobre las Mutualidades profesionales alternativas, destacando por un parte que «han evolucionado hacia entidades regidas por los principios de capitalización, lo cual sin duda es positivo», pero también señalando «la necesidad de garantizar mínimos prestacionales que no descarguen en el Estado, a través del nivel no contributivo, el mantenimiento de aquellas personas que hacen carreras de cotización demasiado débiles o intermitentes».

---

<sup>55</sup> STS 3ª de 22 de junio de 2004 que anula el art. 17 del RD 1430/2002 por el que se aprueba el reglamento de las Mutualidades de Previsión Social.

<sup>56</sup> STS de 16 de mayo de 2001 (Rec.1455/2000).

El Informe de 2011 de la Comisión de evaluación de Pacto de Toledo, en su Recomendación 16, manifiesta estar a favor de que «las mutualidades de previsión social -en su condición de instrumentos de previsión complementaria sin ánimo de lucro- sean potenciadas con arreglo a criterios de colaboración con el sistema público, como instrumento diferenciado que ayude a la extensión de la previsión social en el ámbito empresarial y profesional».

La Disposición adicional cuadragésima sexta de la ley 27/2011 sobre Mutualidades de Previsión Social alternativas al régimen de Autónomos con respecto a profesionales colegiados introduce por primera vez un mandato legal que va más allá de la escasa regulación de la ley del seguro privado de 1995. La disposición adicional 15ª de la ley de Ordenación del seguro privado no regulaba ni el tipo de las prestaciones que deben ofrecer las mutualidades para ser alternativas al régimen de autónomos, ni su cuantía.

Según la ley 27/2011 deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las **coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad**. Es decir, no viene a afectar el sistema propio de capitalización, No puede decirse que se haya producido un excesivo mimetismo con el régimen de autónomos. Incluso en el catálogo de prestaciones que deben garantizar estas prestaciones no se distingue si operan solo por riesgos comunes o deben operar también por riesgos profesionales. No contempla la prestación de cese de actividad.

El otro mandato hace referencia no ya a las prestaciones contempladas en el catálogo sino a su intensidad, a su cuantía. Hay que tener en cuenta que en sistemas de capitalización los capitales que se generan en una Mutualidad, desde el principio son del mutualista, que puede disponer de ellos en la forma que crea conveniente --en forma de capital, en forma de pensión en base a una renta vitalicia, o simplemente de una renta financiera--. Por esta razón la ley 27/2011 diferencia las que adopten forma de renta de las que adopten forma de capital. Así:

- Cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas un importe no inferior al **60 por 100 de la cuantía mínima inicial** que para la respectiva clase de pensión rija en dicho sistema de la Seguridad Social, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

- Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta.

Se considerará, asimismo, que se cumple con la obligación de cuantía mínima de la prestación, si **las cuotas a satisfacer por el mutualista**, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la Mutualidad alternativa, de entre las obligatorias a que se refiere el punto 1, **equivalen al 80 por 100 de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el RETA**.

Las aportaciones y cuotas que los mutualistas satisfagan a las Mutualidades en su condición de alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en la parte que tenga por objeto la cobertura de las contingencias atendidas por dicho Régimen Especial, serán fiscalmente **deducibles con el límite del 50 por 100** de la cuota máxima por contingencias comunes que esté establecida, en cada ejercicio económico, en el citado Régimen Especial.

La ley intenta, de un lado, establecer garantías de prestaciones y , a la vez, tener en cuenta que esto no es fácil en un sistema de capitalización característico de estas Mutualidades.

En cuanto a los **aspectos fiscales las aportaciones y cuotas** que los mutualistas satisfagan a las Mutualidades en su condición de alternativas al RETA, en la parte que tenga por objeto la cobertura de las contingencias atendidas por dicho Régimen Especial, serán deducibles con el límite del 50 por 100 de la cuota máxima por contingencias comunes que esté establecida, en cada ejercicio económico, en el citado Régimen Especial.

En cuanto a la nueva fiscalidad que se establece en la Disposición Adicional citada, se mejora la actualmente existente, al elevarse hasta el 50% de la cotización máxima por contingencias comunes al régimen de autónomos, la posible cuantía a deducir como gastos, en lugar de los 4.500 euros que hasta ahora podían deducirse. La nueva norma supone poder deducir en lugar de los 4.500 euros anuales, una cantidad de 5.775 euros. Es una mejora aunque no se produce una equiparación plena entre la fiscalidad aplicable a las cotizaciones a Mutualidades y a Autónomos.

No se contemplan las consecuencias que puedan derivarse si no se garantizan los niveles establecidos por la ley 27/2011. Cabría pensar que en tal caso no se está ejercitando bien la opción por estas Mutualidades como alternativas al RETA y que, por tanto, el encuadramiento de los profesionales debería llevarse a cabo en el RETA. Alguna intervención de control y decisoria en este sentido debería haberse contemplado. De otro lado, surge la cuestión de si los beneficiarios de las prestaciones podrían exigir en sede judicial las cuantías mínimas, si éstas son se garantizan.

La ley, finalmente, intenta de manera preventiva evitar que los mutualistas tengan que recurrir a las pensiones no contributivas, por lo que cabe plantear si en tal caso, de no alcanzarse, al menos, el nivel de las pensiones no contributivas, no tendrán derecho a las mismas, No se deduce tal consecuencia de la ley 27/2011 y, por tanto, como ciudadanos, no ya como mutualistas, tendrán derecho a las mismas.

En caso de que, además de la actividad como profesional liberal, el profesional lleve a cabo actividades laborales por cuenta ajena se produce una situación de pluriactividad con doble encuadramiento<sup>57</sup>; o de encuadramiento en otros sistema de Seguridad Social (por ejemplo, si fuera funcionario de alguna Mutualidad de funcionario)<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> STS de 26 de octubre de 2000.TSJ Cataluña, 26 de noviembre de 1998 y STSJ Andalucía/Sevilla 13 de junio de 2003, C. Valenciana 6 de mayo de 2003, Aragón 2 de mayo de 2000. Cataluña 1 de diciembre de 2000, País Vasco 2 de abril de 2001, salvo que la otra actividad diera lugar a encuadramiento en el RETA y el profesional liberal ya estuviera encuadrado en el mismo. En este sentido cabría su encuadramiento añadido como administrador de una sociedad profesional capitalista de profesionales en el Régimen general, si se simultanea

No obstante, una regulación especial se ha introducido para el personal estatutario de los Servicios de Salud que además realice actividades complementarias privadas por las que deban encuadrarse en un régimen de Seguridad Social. Por las mismas quedarán encuadrados en el RETA (dispos.ad. 15ª de la ley 27/2009), salvo que se trate de profesionales colegiados a que se refiere la disposición adicional 15ª de la ley 30/1995.

La ley 27/2011 en su disposición adicional cuadragésima octava prevé la extensión de la opción por RETA o Mutuality también **para las actividades de los demás profesionales sanitarios**, no incluidos en el Estatuto Marco de Personal Estatutario, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, con la finalidad de dar un tratamiento homogéneo, en este ámbito, al personal sanitario incluido y no incluido en dicho Estatuto, todo ello sin perjuicio de las consecuencias inherentes a la naturaleza de la relación, laboral o mercantil, del profesional con las empresas o entidades para las que preste servicios. Sin embargo, tal exclusión requiere una regulación reglamentaria por parte del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

La ley 27/2011 trata de buscar una fórmula similar a la del personal estatutario, de manera que permita por tales actividades complementarias su encuadramiento en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o en una Mutuality, de la misma manera que la disposición adicional decimoquinta de la ley 27/2009, resuelve esta cuestión para los profesionales sanitarios incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y evitar así un tratamiento comparativo diferente.

## 10. ENCUADRAMIENTO DE FAMILIARES

La disposición adicional quincuagésima segunda de la ley 27/2011 (cónyuges de titulares de establecimientos familiares) toma nota de la **Recomendación n.17 del Pacto de Toledo de 2011** y establece que “en aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que corresponda. **Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones** de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo”. Luego se contempla una regla especial sobre cómputo de cotizaciones ingresadas fuera de plazo a efectos de prestaciones en relación con la regla general del art. 35. 2 del RD 84/1996<sup>59</sup>.

---

con el ejercicio de la profesión, siempre que no posea el control efectivo de la sociedad pues en tal caso su encuadramiento se produciría en el RETA.

<sup>58</sup> STSJ Aragón 19 de noviembre de 2003.

<sup>59</sup> Según este artículo las altas practicadas de oficio por las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o las administraciones de la Seguridad Social de ellas

Se trata del reconocimiento en la carrera de cotización de la mujer de periodos de tiempo que permitan generar derechos propios y no únicamente derivados y que evite la desprotección sobrevenida que afecta a las mujeres cuando se produce una separación o divorcio a edades tardías, especialmente cuando se ha producido un incumplimiento de la obligación de cursar la afiliación y el alta en la Seguridad Social en aquellos casos en que realizan, con carácter habitual y de forma directa, trabajos en el negocio familiar. Estos problemas se agudizan cuando se rompe el vínculo conyugal e incide de forma negativa sobre los derechos de ese cónyuge y también en el equilibrio financiero del sistema.

En este caso, si era procedente la inclusión en la Seguridad Social, en razón de los trabajos realizados, las cotizaciones que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. Además, el importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, por cuenta del patrimonio que sea objeto de distribución entre los cónyuges.

Esta medida tiene numerosos inconvenientes. En primer lugar, el otorgarle a un juez de lo civil unas responsabilidades que puede que le excedan y, sobre todo, en el marco de un proceso de separación, divorcio o nulidad. De otro lado, supone introducir un elemento de presión en el propio proceso y en los acuerdos que se puedan adoptar. Finalmente, la actuación de la Inspección de Trabajo puede llegar ya tarde y no será fácil encontrar medios de prueba de que el cónyuge ha estado llevando a cabo su actividad en “economía informal” o situación irregular, y demostrar el ejercicio habitual y permanente de una actividad económica y profesional en el negocio familiar de manera autónoma o destruyendo la presunción de no laboralidad del art. del ET. No obstante, de darse estas circunstancias y poderse probar mediante la actuación de la Inspección de Trabajo, se aplicará el régimen común de alta fuera de plazo, sanciones e ingreso de las cuotas correspondientes y sus plazos de prescripción.

Quizás hubiera sido mejor proteger a uno de los cónyuges mediante otras medidas como repartir el tiempo cotizado por uno de ellos entre los dos con ocasión de la nulidad,

---

dependientes retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por unas u otras.

Si las altas se efectuasen de oficio por las citadas direcciones provinciales o administraciones como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los efectos de la declaración del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo en el caso de que ésta hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se haya producido la orden superior o la instancia de la entidad gestora o en que hayan tenido entrada las referidas instancias, denuncia, queja o petición.

No obstante, cuando la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consista en un requerimiento de pago de cuotas o en un acta de liquidación elevada a definitiva en vía administrativa por la Tesorería General de la Seguridad Social, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta.

separación o divorcio, sin más, haya o no negocio familiar, esto es, incorporando las cotizaciones a la sociedad común, caso de que uno de ellos hubiera sufrido un desequilibrio importante, especialmente si no hubiese generado cotizaciones mediante otra actividad laboral o profesional.

### **XIII. LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL**

#### **1.INTRODUCCION. DE REGIMEN ESPECIAL A SISTEMA ESPECIAL EN EL REGIMEN GENERAL**

La protección social de los trabajadores al servicio del hogar familiar, al igual que la regulación laboral, se ha llevado a cabo también mediante la creación de un régimen especial. El Régimen de empleados de hogar, con antecedentes en el Montepío del Servicio doméstico, se reguló por el Decreto 2346/1969 de 25 de septiembre.

El Decreto 2346/1969 de 25 de septiembre contemplaba en lo sustancial una regulación que presenta enormes diferencias en relación con el régimen general que se traducen en una infraprotección del trabajador.

De ahí que fuera casi unánime la doctrina y algunas iniciativas parlamentarias al reclamar una revisión amplia, que no se había producido desde 1969, de la acción protectora de este régimen con el objetivo de mejorar su protección social y equipararla en la medida de lo posible con la dispensada con el Régimen General o, cuanto menos, con la dispensada por otros regímenes especiales eliminando las desigualdades de tratamiento que se consideren injustificadas dentro, por otra parte, de las líneas de tendencia hacia la equiparación de regímenes inaugurada por los Pactos de Toledo.

El Régimen de empleados de hogar, previsto ya en la LSS de 1966, y recogido igualmente en el art. 10.2.e) de la LGSS, extendía su ámbito de aplicación a aquellas personas sometidas a una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, entendiéndose como tal la que concierne al titular del mismo, como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar al amparo de lo establecido en el RD 1424/1985, de 1 de agosto.

Tras el Acuerdo de 13 de julio de 2006 se ha procedido a una modificación de este régimen especial con vistas a una mejorar la acción protectora: en la prestación de IT, mediante la extensión de los riesgos profesionales (tras la ley 29/2010) y, en general, mediante una aproximación mayor de las bases de cotización a las del régimen general hasta confluir en el mismo tras un proceso transitorio.

En el ASE se procede a la integración en el Régimen General:

- Durante el proceso de tramitación parlamentaria de la reforma de la Seguridad Social se procederá a la revisión de la situación del Régimen Especial de Empleados de Hogar a los efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social.

En efecto, según la Disp.ad. 39ª de la ley 27/2011 se produce la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente. La integración se produce con efectos de 1 de enero de 2012.

En la disposición derogatoria de la ley 37/2011 no se menciona el Decreto de 1969, sino que sólo se establece que el Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012. Lo que se ha llevado a cabo por el RD 1620/2011. En todo caso lo que se oponga a la ley 27/2011 hay que entender derogado el Decreto de 1969.

## 2. SUJETOS INCLUIDOS

El régimen especial de empleados de hogar tiene como destinatarios los mismos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada por el RD 1620/2011. La ley 27/2011 no ha alterado el campo subjetivo del colectivo del Decreto 2.346/1969 que ahora pasará a ser sistema especial (SEEH).

No obstante, la ley 27/2011 establece que el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores lo es en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente con lo que sería conveniente un desarrollo reglamentario que venga a sustituir al Decreto 2346/1969.

Así pues nos remitimos de un lado a los arts. 3 y 4 del RD 1620/2011 en orden a la delimitación de los sujetos incluidos y excluidos en este sistema especial en tanto relación laboral especial. Y así está incluido el personal al servicio del hogar familiar que concierne con el titular del mismo una relación laboral para prestar servicios retribuidos para el mismo de manera dependiente y por cuenta de aquél.

El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos.

A estos efectos se considerará empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas.

Y según el artículo 2. (*Exclusiones*) no están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial:

a) Las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común.

b) Las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

e) Las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos cuando quien preste los servicios no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1.3, e) del Estatuto de los Trabajadores.

f) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

No se entenderán comprendidas en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral, las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par», mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el artículo 1.4, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos.

Se presumirá la existencia de una única relación laboral de carácter común y, por tanto, no incluida en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, la relación del titular de un hogar familiar con un trabajador que, además de prestar servicios domésticos en aquél, deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. Dicha presunción se entenderá salvo prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos servicios no domésticos tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico.

A ello hay que añadir el propio campo de aplicación trazado por el Decreto 2346/1969 en virtud del cual cabe mencionar quienes, en calidad de empleados de hogar, prestan sus servicios a un grupo de personas que si bien no constituyen familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar, supuesta la concurrencia de todas las demás condiciones exigidas en el presente capítulo.

Los empleados de hogar españoles residentes en el extranjero, al servicio de los representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, podrán solicitar su inclusión en este Régimen Especial, que les será otorgada siempre que reúnan los demás requisitos exigidos.

Estarán excluidos del campo de aplicación del sistema Especial los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha ley, aunque, en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquélla conviva (*RD 615/2007, de 11 de mayo*).

No se incluyen por tanto los empleados de las personas jurídicas, ni de entidades benéfico–sociales o Comunidades religiosas. Quedan incluidos, tanto a efectos laborales

como de Seguridad Social en cambio, en este régimen quienes en calidad de empleados de hogar prestan servicios a un grupo de personas, que aunque no constituyan una familia, vivan como tal en el mismo hogar<sup>60</sup>. Este supuesto se menciona específicamente a efectos de encuadramiento en la Seguridad Social, y ahora también a efectos laborales, aunque la doctrina lo extendió también al concepto de amo de casa a efectos de la relación laboral con anterioridad al RD 1620/2011.

Así, según el art. 10 apartado 3 del RD 84/1996 de 26 de enero sobre actos de encuadramiento, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos para todo el sistema de la Seguridad Social se considerará empresario el titular del hogar familiar o cabeza de familia, ya lo sea efectivamente, o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para un grupo de personas que sin constituir una familia ni una persona jurídica convivan con tal carácter familiar en la misma vivienda asumirá la condición de titular del hogar familiar o cabeza de familia la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo, que podrá recaer de manera sucesiva en cada uno de sus componentes.

Cuando se trate de la sociedad conyugal aparece como amo de casa quien sea titular del contrato aunque los servicios se presten para todos sus componentes, sin perjuicio de los problemas que pueden darse en cuanto a si se extienden, en su caso, las responsabilidades laborales y de Seguridad Social a todos ellos. En este sentido pueden plantearse algunos problemas cuando se disuelve la sociedad conyugal<sup>61</sup>.

Por otra parte, la disposición adicional decimoséptima (Prestación de servicios domésticos a través de empresas) añade una precisión innecesaria tal como ha quedado al final en la ley 27/2011. Según esta disposición las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, determinará el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de esas empresas.

En el proyecto del gobierno se trataba de la posible exclusión de estos supuestos de los requisitos del art. 43 del ET para evitar la cesión ilegal.

El concepto de tareas domésticas no presenta diferencias con el que rige a efectos laborales. La diferencia entre tareas domésticas en sentido estricto, al servicio de la casa o de la unidad familiar, y las tareas domésticas por extensión, como guardería, vigilancia, jardinería, chóferes, cuidado de personas, de la casa o del chalet o segunda

---

<sup>60</sup> Así, STSJ C. Valenciana de 21 de enero de 1993 (As. 515) en la que incluyó en este régimen especial al personal de limpieza de una residencia de viudas y huérfanos del ejército de tierra, sin personalidad jurídica.

<sup>61</sup> Así en STSJ Madrid de 16 de julio de 1996, (As. 3317) en supuestos de empleado de hogar contratado por el amo de casa al servicio del hogar que queda a cargo por divorcio de la esposa. Pese al divorcio el amo de casa sigue siendo el esposo ya que fue la persona que la contrató.

residencia<sup>62</sup>, no tiene repercusión en materia de encuadramiento en la Seguridad Social, con la única excepción del supuesto de los conductores de vehículos al servicio de particulares, pues aun cuando a efectos laborales están sometidos a la relación laboral especial del servicio doméstico a tenor del art. 1.4 del RD 1620/2011 (conducción de vehículos), se encuadran en el Régimen General común según establece el art. 97.2.b) de la LGSS<sup>63</sup>. No parece que este precepto haya sido afectado por la ley 27/2011.

### 3.- MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La principal especialidad de la regulación de la protección social de esta relación laboral especial era la consideración del régimen de prestación de servicios a efectos de toda la estructura del régimen especial. Sólo la prestación de servicios en régimen exclusivo suponía la verdadera consideración del trabajador como por cuenta ajena en el sentido del Régimen general, en cuanto a estructura del régimen aunque no del alcance de la acción protectora, que es notoriamente inferior a la del Régimen general.

En cambio, cuando el trabajador presta sus servicios de manera no exclusiva el empleado de hogar viene considerado como un trabajador por cuenta propia, a efectos de encuadramiento, de cotización y de acción protectora, si bien con un régimen de protección también inferior, en gran parte derivado de que se cotiza por una base de cotización mucho más baja para que sea asequible al trabajador. Esto desaparece tras la ley 37/2011 ya no se distingue entre una u otra modalidad salvo a efectos transitorios de incorporación al nuevo sistema especial.

La ley 37/2011 abole esta diferenciación entre empleado de hogar en exclusiva y empleado de hogar por horas, a tiempo parcial o discontinuo. Quedan derogadas a efectos de las obligaciones respecto de la seguridad Social, lo dispuesto en los arts. 10.3 y 49 del Reglamento General de inscripción, altas y bajas, en el art. 46 del Reglamento General de cotización y liquidación y 7 del RD 1.424/1985, de 1 de agosto, que distinguían dos modalidades de prestación de servicios de las partes en relación con la Seguridad Social.

Por otro lado tampoco cabe exigir un mínimo de horas como en el régimen especial, criterio establecido por Las Resoluciones de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986, que fijaron dicho mínimo en 72 horas al mes y en un número de jornadas no inferior a 12 días introduciendo el concepto de habitualidad y profesionalidad por su equiparación de hecho con los autónomos. No se establece ya el mínimo de horas para el encuadramiento (el mínimo 72 horas/mes).

El obligado a cotizar como se verá más abajo, es el amo de casa exclusivamente tras la ley 37/2011.

---

<sup>62</sup> STS de 12 de diciembre de 1990, (Ar. 621 de 1991), SSTSJ Cataluña de 15 de marzo de 1993, (As. 1530), Asturias de 24 de mayo de 1991, (As. 3316), Extremadura de 20 de abril de 1991, (As.2494) y Castilla y León/Burgos de 2 de noviembre de 1998 (As. 4475).

<sup>63</sup> Aun así la STS de 27 de octubre de 1988, (Ar. 7695) los incluyó en el régimen de empleados de hogar

En este sentido la ley 37/2011 establece que “dentro del plazo de seis meses naturales, a contar desde el primero de enero de 2012, los empleadores y las personas empleadas procedentes del régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar que hayan quedado comprendidos dentro del régimen general de la seguridad social, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 de esta disposición, deberán comunicar a la tesorería general de la seguridad social el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el sistema especial de empleados de hogar de este último régimen.

Desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se comunique el cumplimiento de tales condiciones, serán de plena aplicación las normas reguladoras de dicho Sistema Especial. Hasta entonces, se seguirá aplicando el régimen jurídico correspondiente al Régimen Especial de Empleados de Hogar.

Transcurrido el plazo señalado sin que se haya comunicado el cumplimiento de las condiciones exigidas para la inclusión en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, los empleados de hogar que presten sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores quedarán excluidos de dicho Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos de 1 de julio de 2012. Respecto a los empleados de hogar que presten sus servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador, su cotización al Sistema Especial pasará a efectuarse, desde el 1 de julio de 2012, con arreglo a la base establecida en el tramo superior de la escala a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2.a) de esta disposición adicional.

Cabe plantear qué ocurre si se reúnen las condiciones y no se comunica. Creemos que cabría de oficio o por acta de inspección. Hay que tener en cuenta que la cuestión afectara sobre todo a los discontinuos, respecto de los cuales hay un cambio de los actos de encuadramiento y de la forma de cotizar. Y a ellos se refiere el segundo párrafo. Sin embargo, la obligación se formula con carácter general sin excluir a los que trabajan en exclusiva.

En el régimen especial nos encontrábamos con una base de cotización tarifada independiente de los salarios reales. Tras la ley 27/2011 las bases serán por salario que se convierten en horas trabajadas para la aplicación de las reglas del trabajo a tiempo parcial. En efecto desde el año 2012 hasta el año 2018, a efectos de ese cómputo las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

Hay que tener en cuenta, además, que la base del grupo 1 no exige que se obtenga una remuneración de al menos 74.83 euros al mes sino hasta 74,83 €/mes 90,20 €/mes.

Así pues en el nuevo SEEH se contempla el trabajo a tiempo parcial propiamente dicho, si no a efectos de cotización por horas, pues se cotiza sobre base mensual no horaria, sí de acción protectora.

#### 4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

En los supuestos de *prestación de servicios de manera exclusiva y permanente* para un solo empleador, las obligaciones de afiliación, altas y bajas eran y siguen siendo las mismas que las previstas para los trabajadores del régimen general de la Seguridad Social, a cuyo art. 35 nos remite el 49.3 del Reglamento General. Por ello, la obligación de llevar a cabo tales actos de encuadramiento incumbe al empresario, que en este caso, tal y como establece el art. 10.3 del Reglamento General, debe considerarse como tal al titular del hogar familiar o el cabeza de familia antes definido.

En cambio en caso de trabajo a tiempo parcial el obligado era el trabajador. Tras la ley 27/2011 el obligado pasa a ser el amo de casa puesto que es el obligado a cotizar. Queda por ello a nuestro juicio derogado el art. 49.1.1. del RD 84/1996 que establecía que cuando el empleado de hogar *preste sus servicios para uno o más cabezas de familia a tiempo parcial*, será el propio trabajador el obligado a solicitar su afiliación, el alta y la baja, acompañando en este caso, además de la documentación general exigible, el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos, aun de temporada (por ejemplo, los que presten servicio en chalets o residencia de recreo sólo en vacaciones).

Se unifica el diverso tratamiento entre en exclusiva y discontinuos. En ambos casos el alta debe solicitarse por el amo de casa antes del inicio de la relación laboral. Las altas solicitadas fuera de plazo sólo tendrán efectos desde el día en que se formula la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario.<sup>64</sup> Así pues respecto a los plazos y efectos de la afiliación, altas y bajas habrá que estar a lo establecido para el Régimen General, surtiendo efectos desde el día en que se inicie la actividad, siempre que aquéllas se instaran con carácter previo a la prestación de servicios.

Debe seguir vigente el art. 40 del RD 84/1986 sobre el alta de los familiares del empresario y la documentación adicional a aportar.

## 5.- COTIZACIÓN

En el régimen de cotización resultaba trascendental la diferencia entre las dos modalidades de prestación de servicios. Condicionaba el sujeto obligado y todo lo que ello implicaba en materia de acción protectora ( estar al corriente del pago, no aplicación del régimen e lagunas) y no guardaba relación con el salario real al ser base tarifada lo que suponía grave perjuicio para igualar a todos en lo mínimo, fueran en exclusiva o discontinuos. De ahí que las pensiones fueran bajas y resultara necesario el recurso a complementos de mínimos.

El tipo vigente de cotización era el 22 por 100, del que el 18'3 por 100 será a cargo del empleador y el 3'7 por 100 a cargo del empleado de hogar. Cuando la prestación de servicios fuera con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, la cuota era a cargo exclusivo del trabajador. Para maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia un 0'1 a abonar por el empleador, si es a tiempo completo, o por el trabajador, si es a tiempo parcial. Incluso el empleado de hogar era el sujeto único de la obligación de cotizar en las situaciones de Incapacidad temporal, incluido el mes de finalización de dicha situación, pero excluido el mes en que la misma se inicie en el que regirán las normas generales antes descritas (art. 46.3 del RD 2064/1995) y el obligado a cotizar será el amo de casa si es un empleado en exclusiva.

---

<sup>64</sup> Art. 35.1.1 RD 84/1996 y STSJ de Asturias de 16 de junio de 2000 (As.5704).

Tras la ley 27/2011 queda modificado el Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, RD 2064/1995, (arts. 46 a 50).

Se modifica la cotización en un doble sentido:

- El obligado a cotizar será el amo de casa también en trabajos discontinuos o a tiempo parcial
- Desaparece la base tarifada en ambos casos, sin que además se exija una cuantía mínima. Se pasa a cotizar sobre salarios reales.

No obstante, se fija una diferencia entre base de cotización y salario real durante un periodo transitorio:

a) Cálculo de las bases de cotización.

1.º En el año 2012, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán con arreglo a la siguiente escala, en función de la retribución percibida por los empleados de hogar:

Tramo	Retribución mensual	Base de cotización
1.º	Hasta 74,83 €/mes	90,20 €/mes
2.º	Desde 74,84 €/mes hasta 122,93 €/mes	98,89 €/mes
3.º	Desde 122,94 €/mes hasta 171,02 €/mes	146,98 €/mes
4.º	Desde 171,03€/mes hasta 219,11 €/mes	195,07 €/mes
5.º	Desde 219,12€/mes hasta 267,20 €/mes	243,16 €/mes
6.º	Desde 267,21 €/mes hasta 315,30€/mes	291,26 €/mes
7.º	Desde 315,31€/mes hasta 363,40 €/mes	339,36 €/mes
8.º	Desde 363,41 €/mes hasta 411,50 €/mes	387,46 €/mes
9.º	Desde 411,51€/mes hasta 459,60 €/mes	435,56 €/mes
10.º	Desde 459,61€/mes hasta 597,70 €/mes	483,66 €/mes
11.º	Desde 507,71€/mes hasta 555,80 €/mes	531,76 €/mes
12.º	Desde 555,81€/mes hasta 603,90 €/mes	579,86€/mes
13.º	Desde 603,91€/mes hasta 652,00 €/mes	627,96 €/mes
14.º	Desde 652,01€/mes hasta 700,10 €/mes	676,06 €/mes

15.º Desde 700,11 €/mes

748,20 €/mes

Las bases de cotización de la escala anterior se incrementarán en proporción al aumento que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2012 pueda establecerse para la base mínima del Régimen General.

2.º En el año 2013, se establecerá un nuevo tramo 16.º en la escala, para retribuciones superiores a la base mínima del Régimen General en dicho ejercicio, en el que la base de cotización será la correspondiente al tramo 15.º incrementada en un 5 por ciento.

3.º Desde el año 2013 hasta el año 2018, las bases de cotización se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente la base mínima de cotización del Régimen General en cada uno de esos años, a excepción de la correspondiente al tramo 16.º, que se incrementará en un 5 por ciento anual.

4.º A partir del año 2019, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente.

b) Tipos de cotización aplicables.

1.º Para la cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda según lo indicado en el apartado a) se aplicarán los siguientes tipos de cotización:

En el año 2012, el tipo de cotización será el 22 por ciento, siendo el 18,30 por ciento a cargo del empleador y el 3,70 por ciento a cargo del empleado.

Desde el año 2013 hasta el año 2018, el tipo de cotización se incrementará anualmente en 0,90 puntos porcentuales, fijándose su cuantía y distribución entre empleador y empleado en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A partir del año 2019, el tipo de cotización y su distribución entre empleador y empleado serán los que se establezcan con carácter general, en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el Régimen General de la Seguridad Social.

En caso de que el trabajador trabaje para más de un amo de casa no se precisa la forma de calcular la base de cotización. La cuestión es si en contingencias comunes se sumarán las retribuciones percibidas en todos ellos a efectos de determinar la base o su consideración será independiente. Como la base varía en el primer caso, lo lógico será que el amo de casa sepa si el empleado está prestando servicios para más de un amo de casa, y los cambios o variaciones de datos que se produzcan en este sentido.

En este caso de pluriempleo en el SEEH habrá que aplicar las normas generales en proporción a las retribuciones, si bien no sobre el tope máximo, sino que sólo que aquí hay que tener en cuenta que la base es tarifada hasta 2019 y a partir de esa fecha entra en juego en su caso la base máxima común al aplicar las reglas comunes del art. 109 de la LGSS.

Por otra parte, ya no se aplicará la regla de proporcionalidad del art. 49.3 del Reglamento general de inscripción de empresas (RD 84/1986) y el RGCL cuando dicha actividad se desarrolle durante fracción o fracciones de meses naturales al no contemplarse cuota fija mensual única, sino que se establece en función de los salarios percibidos.

La cotización por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivamente del empleador, en todo caso, incluso aun cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, mientras que antes en tal caso era a cargo exclusivo de dicho empleado el pago de la cuota correspondiente. La tarifa de primas será la establecida en la disposición adicional cuarta de la ley 42/2006, de 28 de diciembre con sus modificaciones posteriores.

Otra cuestión es si sigue vigente la regulación que establece que en la situación de IT incluso aunque el trabajador preste sus servicios de manera exclusiva, el amo de casa no esté obligado a cotizar, sino que respecto de las mensualidades en las que el trabajador se encontrara en Incapacidad Temporal el único obligado al pago de la cuota en su integridad será el trabajador, como si de repente resultara equiparado a un trabajador discontinuo, a un autónomo. No se contempla en la ley 27/2011 por lo que entendemos que está derogada y que se aplicarán las reglas comunes de cotización. Si no ha sido derogada ya por el art. 49 del RD 2064/1995 que remite a los arts. 12, 13 y 14 del mismo texto legal que regulan con carácter general la materia.

Los empleados de hogar no han sido destinatarios de las **medidas de fomento del empleo** que consisten en **bonificaciones** en la cotización a la Seguridad Social. Así han resultado excluidos tradicionalmente de las LPE o leyes de acompañamiento y ocurre en la actualmente vigente Ley 30/2005 de 29 de diciembre (disp.ad. 50<sup>a</sup>.5) salvo la contratación de empleados de hogar por las familias numerosas. Así la contemplada en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas desarrollada por el RD 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su Reglamento consistente en una bonificación del 45 % .

La ley 27/2011 mantiene esta bonificación en los términos y con el alcance legalmente establecidos. Los servicios han de consistir exclusivamente en el cuidado o atención de los miembros de dicha familia numerosa o de quienes convivan en el domicilio de la misma.

Sin embargo, en concordancia con las medidas que se adoptan en algunos países de nuestro entorno y de acuerdo con recomendaciones internacionales cabría extender la bonificación a otros supuestos. Y en efecto este proceso ha comenzado pues la disposición adicional quincuagésima. Diez. 2. de la Ley 30/2005, autoriza al Gobierno para extender las bonificaciones previstas en el art. 9 de la ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, respecto de la contratación de trabajadores dedicados al cuidado de personas dependientes y discapacitados en el hogar familiar<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Algunas medidas de subvenciones para cubrir parte de las cuotas de Seguridad Social se han contemplado en algunas Comunidades Autónomas, como en la Orden de Galicia de 15 de junio de 2004 (Diario oficial de 27 de julio)

No obstante, teniendo en cuenta que no nos encontramos con un sector propiamente empresarial sino ante amos de casa para evitar una elevación de costes la Disposición transitoria única de la ley 27/2011 establece una **reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar.**

Así durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, se aplicará una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y queden incorporadas en el sistema especial a que se refiere la disposición adicional trigésima novena de esta Ley, **siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.** Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen Especial. Es decir no supone ningún aumento añadido a la bonificación de la que ya gozan en virtud de la normativa antes mencionada,

No parece justificada esta limitación de sus efectos sólo a nuevos contratos aunque puede servir para hacer emerger la economía sumergida en el sector. Si los costes de cotización nuevos afectan a todos los contratos, las bonificaciones también deberían extenderse a los mismos. La referencia a la “incorporación” en el sistema especial y a que la obligación de cotizar se hubiera iniciado a partir de la fecha de integración puede comprender también los trabajadores a tiempo parcial anteriores que ahora se integren pues para el empleador amo de casa la obligación es nueva y surge con la creación del SEEH. Lo que ocurrirá también si tal trabajo no estuviera declarado y ahora se produce la contratación.

La conveniencia de la bonificación se situarían no tanto en la política de fomento de la contratación, sino en que puede ser una de las formas de mejorar la protección, sino de su no desincentivo, de manera que la mejora de las retribuciones de los empleados de hogar y de las bases de cotización no resulte disuasoria para la contratación o para el alta en la Seguridad Social, dado el riesgo de deslizamiento hacia la economía informal ((proyecto ENERGIM, ROJO, CAMAS y CAMÓS, 103).

La cuantía de incremento propuesta, que tiene como objetivo igualar en el año 2019 el tipo de cotización actualmente vigente en el Régimen Especial de Hogar con el vigente en el Régimen General, comportará unos incrementos de costes económicos que pueden ser relevantes para los cabezas de familia o empleadores del Régimen General, que no pueden ser identificados con una empresa y especialmente porque de la actividad del empleado de hogar no se deriva un bien o un servicio que se ponga en mercado. El cabeza de familia, al no tener naturaleza jurídica de empresa no es perceptor de deducciones fiscales como consecuencia de los gastos salariales y de cuotas a la Seguridad Social. Tampoco percibe ningún tipo de ayuda o bonificación por creación de empleo.

Los incrementos de coste que se derivarían de la igualación de tipos de cotización a cargo del empleador del Régimen de Hogar con los tipos de cotización vigentes para las empresas se bonifican pero sólo durante unos años de manera que a partir de 2015 y especialmente a partir de 2019 ( con base mínima y tipo común del Régimen general) la elevación puede tener efectos negativos sobre el mercado de trabajo de este colectivo

con un incremento de la economía sumergida en esta actividad de prestación de servicios.

## 6. ACCIÓN PROTECTORA

Con anterioridad a la reforma se contemplaban una serie de especialidades. En art. 28.2 del Decreto de 1969 se establece que las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, se otorgarán en las mismas condiciones que en el régimen general, salvo especialidades. Hay que entenderlo modificado por la ley 37/2011.

Tras la ley 27/2011 los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:

### 6.1. Aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial

Al cotizarse sobre base tarifadas se producía con anterioridad a la ley 27/2011 una exclusión de las reglas de trabajo a tiempo parcial, del RD 1131/2001 tras la ley 12/2001. No se aplicaba el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial ni en cotización ni en materia prestaciones (RDL 15/1998 y RD 144/1999) y ahora RD 1131/2002, al dejar fuera de su ámbito de aplicación el art.1 del mismo, al Régimen General de Empleados de Hogar a causa fundamentalmente del singular sistema de cotización de estos colectivos que equipara a estos trabajadores, en el ámbito prestacional, a los trabajadores a tiempo completo<sup>66</sup>.

Una vez las bases se determinan en función del salario, aunque no por base horaria, teniendo en cuenta, no obstante, su aplicación gradual y transitoria, tales bases experimentan una conversión en horas trabajadas para la aplicación de las reglas del trabajo a tiempo parcial. Luego hay que entender derogado el art. 1.1. del RD 1131/2002

En efecto establece la ley 27/2011 que desde el año 2012 hasta el año 2018, a efectos del cómputo a que se refiere la regla segunda a) del apartado 1 de la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

La aplicación de las reglas del trabajo a tiempo parcial, en especial la disp.. ad. 7ª de la LGSS afecta, a nuestro juicio, tanto a futuras cotizaciones como a las anteriores a la fecha de entrada en vigor de la ley 27/2011, esto es, el 1 de enero de 2012.

---

<sup>66</sup> Sobre Trabajo a tiempo parcial y protección social vide LOPEZ GANDIA, J. Y TOSCANI JIMENEZ, D. “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos”, Bomarzo, 2010.

Ello supone también el reconocimiento de la **jubilación parcial** excluida por la disposición ad. 8ª de la LGSS de su aplicación al régimen de empleados de hogar y agrarios por cuenta ajena, pues ahora los empleados de hogar ya no son un régimen especial. No obstante, al exigir su régimen jurídico que se trate de trabajadores a tiempo completo, surge la cuestión de si tendrán tal derecho los trabajadores a tiempo parcial que en virtud de la conversión en horas alcancen una jornada completa. El inconveniente es que no la alcanzan para un solo año de casa, por lo que la cuestión está lejos de ser clara si no se modifica el art. 166 de la LGSS y el RD 1131/2002.

Al desaparecer la cotización a cargo del trabajador, desaparece el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas (art. 23.1 del D.2346/1969) cuando sean parciales los servicios pues cuando es el año de casa el obligado a ingresar las cuotas se aplican las normas generales<sup>67</sup>.

No obstante, respecto de las cotizaciones pasadas, anteriores a la inclusión en el SEEH hay que tener en cuenta que el art. 20 de la Ley 52/2003 de 10 de diciembre de medidas específicas de Seguridad Social exige tal requisito aunque la prestación se genere en el Régimen General de la Seguridad Social o en regímenes de trabajadores por cuenta ajena que no exijan tal requisito, como lo será, por ejemplo, el propio sistema especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar.

## 6.2. La integración de lagunas

No resultaba de aplicación el 140.4 para IP ni el 162.1.2 para jubilación de la LGSS al régimen especial de empleados de hogar (disp. ad. 8ª de la LGSS)<sup>68</sup> que sí se da en el Régimen General y en trabajadores por cuenta ajena de mar, agrarios y en minería del carbón. Sin que ello supusiera discriminación<sup>69</sup>.

Sin embargo, en supuestos de pluriactividad y debido a las reglas del cómputo recíproco entre regímenes del art. 26.2 del Decreto 2346/1969 algunas sentencias que en los supuestos en que el mayor número de cotizaciones sean al régimen general, sin que en ningún régimen por separado se alcance a cubrir el período mínimo de exigencia exigido, aplican el régimen de integración de lagunas a todo el período de cotizaciones, incluidas aquellas realizadas al régimen especial<sup>70</sup>. Otros pronunciamientos, en cambio, en supuestos idénticos, únicamente integran las lagunas de cotización existentes en el Régimen General, sin hacerlo con las correspondientes al Régimen Especial<sup>71</sup>. Otro grupo de sentencias niega la posibilidad de la integración de lagunas, ni total ni parcial aun en los supuestos de pluriactividad<sup>72</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo<sup>73</sup> se ha decantado por la primera interpretación.

---

<sup>67</sup> Res. D.G. Régimen Económico de la SS de 23 de septiembre de 1983.

<sup>68</sup> STS 10 de febrero de 2009, (Rec. 446/2006).

<sup>69</sup> SSTSJ Andalucía/Granada de 24 de septiembre de 1991, (As.4999), 4 de febrero de 1992, (As.666), 25 de marzo de 1993, (As.1317), y de Andalucía/Málaga de 9 de julio de 1993 (As. 3314).

<sup>70</sup> STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 1992 (As. 6408).

<sup>71</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 1993 (As. 141).

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2003 (As. 1942).

<sup>73</sup> STS de 25 de febrero de 2000, (Ar. 2238).

Tras la ley 27/2010 la integración como sistema especial en el Régimen General ya no cabe excluir la aplicación del régimen de integración de lagunas (de ahí también la modificación por la disp. final 8ª de la ley 27/2011 la disp. ad. 8ª de la LGSS), al menos para los periodos posteriores al 1 de enero de 2012, fecha de entrada en vigor del sistema especial.

No obstante, ello será así a partir de 2018, pues la ley 27/2011 establece que desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

No resulta claro para los periodos anteriores, aunque en tal caso habría que distinguir los en exclusiva de los a tiempo parcial en que el sujeto obligado a cotizar era el propio trabajador. En el primer caso la aplicación de la integración de lagunas podría defenderse perfectamente, siendo más discutible en el segundo.

### 6.3. Riesgos profesionales

En el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, las contingencias protegidas en este régimen eran exclusivamente las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes, con independencia de que la enfermedad o el accidente del empleado de hogar tuvieran, respectivamente, carácter profesional o laboral, o no lo tuvieran.

No se contemplaban, por tanto, las contingencias de **accidente de trabajo y enfermedad profesional**, siendo reconducidos al accidente no laboral.

Debido, por tanto, a que el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar tenía reconocido menor número de contingencias dentro del sistema de Seguridad Social, era necesario hacer efectiva la ampliación de las contingencias protegidas, incluyendo las de carácter profesional, con el objeto de equiparar las condiciones de protección de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del citado régimen con los pertenecientes a los demás regímenes.

Tras la LPE para 2011, ley 29/2010 de 22 de diciembre (disp. final.3ª. 9) ya se contemplan las citadas contingencias.

La disposición final tercera, nueve, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, ha añadido una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera, a la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante la cual se extiende, con efectos de 1 de enero de 2011, la acción protectora por

contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

La referida disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social establece también que por las contingencias profesionales se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, determinando asimismo la consiguiente obligación de cotizar por las repetidas contingencias y remitiendo a la norma correspondiente la especificación del tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas por esas contingencias profesionales que haya de aplicarse a estos trabajadores.

La ley 27/2011 no presenta ninguna novedad en este sentido al contemplar las contingencias profesionales. No obstante, hay que recordar la especialidad del SEEH de que, pese a que el obligado a cotizar sea el amo de casa, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 de la LGSS (disp.ad. 53ª LGSS lo que se confirma en la ley 27/2011). No se contemplaba si la opción de aseguramiento podrá llevarse a cabo por Mutua.

Pese a que se había aprobado ya la ley 27/2011 se ha producido el desarrollo reglamentario de la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar que se produjo ya por la LPE para 2011 (ley 29/2010 de 22 de diciembre) por el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, desarrolla.

No obstante, este desarrollo reglamentario se hace sin perjuicio de la adaptación que será preciso realizar cuando, con efectos del día 1 de enero de 2012, tengan efectividad las previsiones de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, referidas a la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. De este RD pueden entenderse no afectadas por la ley 27/2011 las siguientes materias:

- Se consideran protegidas las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la cobertura de las contingencias profesionales en el Régimen General.
- Por las contingencias indicadas se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establecen en este real decreto.
- Los conceptos del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional serán los establecidos, respectivamente, en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio.

- Los titulares del hogar familiar que, a la entrada en vigor de este real decreto, tuviesen empleados de hogar en alta deberán elegir la entidad gestora o colaboradora con la que deseen formalizar la cobertura de las contingencias profesionales, en el plazo de los 30 días hábiles siguientes a partir de la entrada en vigor del mismo. De no efectuarse tal elección en el plazo señalado, la cobertura corresponderá a la entidad gestora de la Seguridad Social, formalizándose de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social. De ahí la modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 49 del *Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero y del art.11.1 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre*. Por su parte los art. 46, 48 y 50 del citado Reglamento modificados por el RD 1596/2011 debe adaptarse a la nueva regulación de la obligación de cotizar contemplada por la ley 27/2011.
  
- Los empleados de hogar y, en su caso, sus familiares tendrán derecho a las prestaciones siguientes:
  - a) Asistencia sanitaria.
  - b) Recuperación profesional.
  - c) Subsidio por incapacidad temporal.
  - d) Prestaciones por incapacidad permanente.
  - e) Prestaciones por muerte y supervivencia.
  - f) Indemnizaciones a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional.
  
- No será de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.
  
- Cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
  
- Quedan derogados el apartado 3 del artículo 22 y el apartado 2 del artículo 33 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

#### **6.4.Los requisitos de alta o situación asimilada al alta**

**Deben ser ya los comunes del Régimen general de la Seguridad Social.** Ya no cabe entrar a discutir si es asimilada al alta la mera inscripción en la Oficina de Empleo.

Algunas sentencias han mantenido que no se puede considerar situación asimilada al alta en cuanto que en el Régimen Especial de Empleados del Hogar no existe, (ni tampoco en el SEEH, como se verá) en su acción protectora, la prestación por desempleo<sup>74</sup>. Sin embargo, otro colectivo de sentencias, más amplio, considera pese a ello sí debe tener la consideración de situación asimilada al alta la inscripción como demandante de empleo, ya que con esa actitud el trabajador no hace sino demostrar que tiene la intención de reincorporarse al mercado de trabajo. En efecto, el Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a aplicar la doctrina flexibilizadora del requisito de alta a trabajadores no encuadrados en el Régimen General<sup>75</sup>. Con mayor razón al incluirse en el mismo.

## **6.5. Las diversas prestaciones**

En la regulación anterior el régimen de empleados de hogar se caracterizaba, además de lo ya señalado sobre los efectos derivados de la forma de cotización, por el hecho de que se otorgaban ciertas prestaciones de manera muy inferior a la que se otorga en el Régimen general, y sin justificación alguna como en el caso de la IT, vulnerando el art. 14 de la Constitución y los convenios de la OIT, como se verá más abajo. Y también por no contemplarse otras prestaciones como al desempleo sin clara justificación y en incumplimiento del art. 41 de la Constitución

### **6.5.1. Incapacidad Temporal**

La protección de Incapacidad temporal presentaba ciertas especialidades. En efecto, la prestación económica de Incapacidad Temporal, en los casos de enfermedad o accidente común, se comenzaba a percibir a partir del vigésimo noveno día desde la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente, siendo abonada directamente por el INSS. La cuantía era del 75% de la base reguladora. En riesgo profesional se aplicaban las normas comunes del Régimen general pero con peculiaridades pues según el art.5.2 del RD 1596/2011, de 4 de noviembre el subsidio por incapacidad temporal, en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se abonaba a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.

Era discutible y criticable tal desigualdad de tratamiento en relación con el régimen general pues pese a aceptarse tal diversa regulación<sup>76</sup>, parecía contraria al art.18.1 del convenio 102 de la OIT de norma mínima y al art. 17.1 del Código Europeo de Seguridad Social (revisado) de 1990 que sólo contemplan tres días de periodo de espera (como el convenio 130 de la OIT art. 26.3).

Tras la ley 27/2011 se producen dos modificaciones sustanciales:

- de un lado el día a partir del cual se abona la prestación: con efectos desde el 1 de enero de 2012, el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o

<sup>74</sup> STSJ C. Valenciana de 19 de octubre de 2005 (As. 23628).

<sup>75</sup> STS. de 23 de febrero de 1999, (RJ. 2018), SSTSJ de Cataluña de 6 de octubre de 1999 (As. 6429), 14 de noviembre de 2002 (As. 131) y 7 de mayo de 2003 (As. 2438), STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2001 (As. 209/2002), STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de enero de 2003 (As. 174368) y STSJ País Vasco de 27 de julio de 2005 (As. 41700).

<sup>76</sup> STC 109/1988 de 8 de junio, 268/19893 de 2 de septiembre, 377/1993 de 20 de diciembre.

accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.

El pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.

-De otro que durante la IT la obligación de cotizar corresponde al amo de casa.

Frente al régimen común de la IT derivada de contingencias comunes contemplado por el art. 131.1 de la LGSS) ( En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive) se prevé un régimen especial pues la empresa solo se hace cargo **desde el cuarto al octavo día** ambos inclusive.

No se precisa el porcentaje a aplicar la base reguladora, pero al no precisarse deberán ser los comunes del Régimen General correspondientes a los días mencionados (60 % hasta el 20 día y 75 % en lo sucesivo).

Por otra parte en los empleados que trabajen a tiempo parcial cabra aplicar las normas propias de esta modalidad contractual, esto es el RD 1131/2002. Se adopte el promedio de lo cotizado en los tres meses anteriores frente al mes anterior en el tiempo completo) (art.4 del RD 1131/2002)<sup>77</sup> con la finalidad de ponderar los trabajos irregulares al variar las jornadas trabajadas, que pueden ser distintas de mes a mes. Las bases de cotización de tres meses se dividen entre los días trabajados y cotizados porque la prestación se abonará por días de trabajo, no por días naturales. Y esa misma base sirve como base de cotización durante la percepción de las prestaciones. Durante estas situaciones, la base diaria de cotización es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Esta base debe aplicarse exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de estas situaciones. También el supuesto de IT técnica por extinción del contrato teniendo en cuenta como se verá que en el REEH nos e contempla la protección por desempleo.

No se contempla si la opción de aseguramiento y la opción de cobertura podrá llevarse a cabo por Mutua. La previsión del pago directo por la entidad a la que corresponda la gestión deja abierta la cuestión.

#### **6.5.2. Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.**

Las citadas prestaciones se reconocen en los mismos términos que en el régimen general (disp. ad. 11ª bis y disp.ad. 8ª.3 de la LGSS respectivamente y art.6 del RD

---

<sup>77</sup> TSJ Murcia 16 de abril de 2007, JUR 233066

1596/2011, de 4 de noviembre). Y se reconocerán como riesgo profesional las de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia. Y lo mismo si se trabaja a tiempo parcial ( RD 1131/2002 , base reguladora, promedio de lo cotizado en el año y abono por días naturales).

Quizás deba mantenerse lo establecido en el art. 34.4 del RD 295/2009 según el cual las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art.39.4 del RD 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo. No era claro si era así también cuando el propio empleado de hogar trabaje a tiempo parcial, sino que era el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la inexistencia de trabajo o función compatible (art.47.2. b) del RD 295/2009). Tendrá que ser también el amo de casa en tal caso el obligado tras la ley 27/2011.

### 6.5.3. Incapacidad permanente

Las prestaciones de Incapacidad Permanente requieren asimismo, en su caso, los mismos períodos de carencia previstos para el régimen general a la que han quedado totalmente asimiladas (disp.ad. 8ª.1 de la LGSS). Así como la misma forma de cómputo. Lo mismo cabe decir del supuesto de incapacidad permanente parcial. En tal caso el período mínimo de cotización exigido era antes de 60 meses dentro de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

En cuanto a la base reguladora la ley 27/2011 no establece especialidades por lo que es dudoso que siga en vigor lo establecido por el art. 7 del *Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre* según el cual la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, derivadas de contingencias profesionales, será equivalente a la base de cotización del empleado de hogar en la fecha del hecho causante de la prestación.

No ha ninguna necesidad tras la ley 27/2011 que el RD 1596/2011 venga a precisar que respecto de las prestaciones de incapacidad permanente e indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y en sus normas de aplicación y desarrollo.

Respecto las pensiones SOVI, aun cuando la normativa específica excluye expresamente de su ámbito de aplicación, entre otros, a los empleados domésticos<sup>78</sup>, no obstante, el Tribunal Supremo ha defendido que se deberá tener en cuenta a efectos de alcanzar el referido período carencial las cotizaciones realizadas al antiguo Montepío Nacional del Servicio Doméstico<sup>79</sup>.

### 6.5.4. Jubilación

También aquí nos encontrábamos con graves diferencias en relación con los trabajadores del Régimen general. Así según la Disposición adicional octava de la LGSS no resultaba de aplicación:

---

<sup>78</sup> Art. 2 de la Orden de 2 de febrero de 1940.

<sup>79</sup> SSTS de 7 de mayo de 1997, (Ar. 3655) y 7 de mayo de 1998, (Ar. 4104).

- Lo previsto en el apartado 2 del artículo 161 bis (jubilación anticipada). No se contempla el derecho a la jubilación anticipada histórica del Mutualismo Laboral<sup>80</sup> ni a la nueva de la ley 35/2002.
- Lo previsto en el art. 140 apartado 4, y 162 apartado 1.2. (régimen de integración de lagunas).
- Lo previsto en los arts. 112 bis y 162.6. (incentivos en el retraso de la jubilación).

No se reconocían los beneficios de retraso de la edad de jubilación más allá de los 65 años contemplados por las normas que se acaban de mencionar, esto es, la exoneración de cuotas por tener 65 o más años de edad y 35 o más años de cotización, no era aplicable.

O era de aplicación dudosa:

- Lo previsto en el art. 166 (jubilación parcial) será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales.

Aunque se reconocía no era aplicable la jubilación parcial (disp. ad. 8ª.4 de la LGSS y art. 10 del RD 1131/2002) precisamente por la forma de cotización que no admitía la figura del trabajo a tiempo parcial.

Del mismo modo, las cotizaciones ficticias otorgadas por las disp. trans. 2ª de la Orden de 18 de enero de 1967 y la disp. trans. 2ª de la LGSS a efectos de completar los períodos de carencia mínimos de la pensión de jubilación se restringen únicamente a los pensionistas del Régimen General que hayan realizado dichas cotizaciones. Esto es, no operan o no tiene eficacia alguna a efectos del cómputo a distintos Regímenes a los efectos de complementar carencia y fijar el Régimen en el cual se concede la pensión, sino únicamente en un momento posterior, en el cual una vez determinado ya que procede la pensión en el Régimen General, se haya de fijar, para determinar la pensión, el porcentaje de la base reguladora a considerar<sup>81</sup>.

Las modificaciones que introduce la ley 37/2011 es la aplicación plena de las normas del Régimen general y por tanto el derecho a la jubilación anticipada en los términos que en bien regulada tras la misma ley, la jubilación parcial (salvo, si acaso, como ya se señaló más arriba, para los trabajadores a tiempo parcial, como ocurre con el resto de los trabajadores según el art. 166 de la LGSS tras la ley 40/2007 con grave impacto de género en ambos casos) y los incentivos por el retraso en la jubilación, tanto en las bonificaciones de la cotización a la Seguridad Social como en los porcentajes a aplicar en el cálculo de la pensión.

#### 6.5.5. Desempleo

<sup>80</sup> STSJ C. Valenciana de 17 de enero de 1994, (As.351), Castilla –León/Valladolid de 2 de enero de 1990, (As.3224).

<sup>81</sup> SSTTS de 4 de julio de 1994, (Ar. 6333) y 10 de abril de 2000, (Ar. 3524) y SSTSJ del País Vasco de 29 de julio de 1993 (As. 3391) y de 14 de julio de 2000 (As. 2488), de Galicia de 13 de junio de 1994, (As. 2509), 18 de mayo de 1998 (As. 1607) y 29 de enero de 2002 (As. 48460) y de La Rioja de 19 de junio de 1997 (As. 2284).

La exclusión de la protección por desempleo es una de las carencias más importantes en la acción protectora es que los empleados de hogar, sea cual sea la modalidad de prestación de servicios no cuentan con la protección por desempleo.

Tras la integración en el Régimen General de la Seguridad Social sigue sin contemplarse en la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar. Eso se entiende sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

La razón de la exclusión puede hallarse en la dificultad de controlar el fraude mediante la actuación inspectora.

## **XVI. LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA Y SU INTEGRACION EN EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **1.- EL PROCESO DE INTEGRACION**

La actividad agraria de trabajadores por cuenta ajena se encontraba fragmentada entre el REASS, que partía del concepto de labor agraria, y los sistemas especiales que incluyen las tareas de manipulado y envasado, salvo cuando la lleven a cabo Cooperativas y SAT, aun con gran debate jurisprudencial, que se integran en el Régimen General (salvo recientemente en el sector del plátano) como el manipulado y envasado del tomate fresco y el de frutas y hortalizas y conservas vegetales. Los trabajadores por cuenta propia agrarios por su parte se incluyeron en el RETA mediante un sistema especial (SETA).

**El proceso de desaparición del REASS y de integración en otros regímenes** se ha producido mediante la creación de un **sistema especial** en el RETA y otro en el Régimen general respectivamente y en un proceso gradual y transitorio.

En el Acuerdo de julio de 2006 de reforma de la Seguridad Social se aborda ya de manera explícita una reforma en profundidad de la protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena mediante la supresión de este régimen especial y su integración en el Régimen General y en este sentido el Acuerdo se inclina por mantener las peculiaridades de cotización actuales, si bien dentro de un sistema especial dentro del Régimen General.

A este fin, se acuerda que el REASS, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, se sustituya por un sistema especial que integre dentro del Régimen General de la Seguridad Social a los actuales trabajadores agrarios por cuenta ajena, en un período transitorio adecuado en el tiempo para la definitiva equiparación de las prestaciones de los trabajadores del campo, y de la evitación, en todo caso, de un incremento de coste que pueda perjudicar el empleo y la competitividad de las explotaciones agrarias.

Se trata de avanzar en la equiparación y a la vez de evitar un incremento de costes perjudicial para la competitividad y difícil de asumir por el mundo agrario y de ahí el establecimiento de un amplio periodo de adaptación y la introducción de beneficios en materia de cotización para abaratar los costes laborales y para incentivar

la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, sobre todo si se tiene en cuenta que hasta ahora no se han detectado en el sector incentivos para el incremento de la productividad agraria y el desarrollo de nuevas iniciativas que requieren contar con mano de obra suficientemente motivada y calificada para nuevos proyectos emprendedores.

En relación con el sistema de cotización un primer paso se dio en las bases de cotización y su incremento progresivo tras el RDL 3/2004 y Leyes de Presupuestos posteriores. Pero especialmente con las normas de cotización de la LPE distinguiendo periodos de trabajo y periodos de inactividad (así, a partir de la ley 2/2008, 26/2009 de 23 de diciembre LPE para 2010 y que se mantiene con posterioridad en la ley 39/2010). Se crean de este modo modalidades de cotización y reducciones en la misma que dota de un tratamiento más uniforme al periodo de cotización, lo que implica un paso previo al proceso de integración.

Un definitivo impulso a la integración del REASS como sistema especial del Régimen general se lleva a cabo en el **Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones**, y se concreta en el Preacuerdo de integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen general de la Seguridad Social de 8 de marzo de 2011 estipulado entre el gobierno y las organizaciones sindicales y profesionales del sector.

Fruto de ello es la *Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del REASS como sistema especial del Régimen general (en lo sucesivo SETACA)*.

La creación de este sistema especial significa de entrada la aplicación del Régimen general de la Seguridad Social y de las especialidades propias del sistema especial y que en principio cabría pensar que no afectan a la acción protectora sino a actos instrumentales de encuadramiento y especialmente a la cotización, ya que es esta la forma en que la LGSS distingue un sistema especial de un Régimen especial. Dice la nueva ley que se aplicará la normativa del Régimen general sin perjuicio de las “peculiaridades establecidas en la presente ley”.

No obstante, como se irá viendo a lo largo del presente trabajo, las peculiaridades no afectan sólo a actos de encuadramiento sino también a la acción protectora, en parte por las peculiaridades derivadas de la presencia en el régimen de periodos de inactividad y de la cotización durante los mismos, en principio a cargo del propio trabajador, si se mantiene dentro del sistema durante tales periodos, y ,de otro lado, por la proyección de estos periodos sobre los requisitos para el acceso a la acción protectora en general (estar al corriente del pago de las cotizaciones) y en particular a determinadas prestaciones (incapacidad temporal, base reguladora de la incapacidad permanente, jubilación anticipada, etc.).

La creación de este sistema especial puede llevar a una distinta relación entre los sistemas especiales próximos en los que se llevan a cabo, si no labores agrarias propiamente dichas en sentido jurídico, sí “trabajos agrarios” (frutas y hortalizas, plátano, conservas vegetales) pues en la reforma se contempla la posibilidad de que determinados trabajos agrarios actualmente integrados en el Régimen general puedan integrarse en el nuevo

sistema especial observando los requisitos del nuevo sistema especial y con garantía de derechos de Seguridad Social reconocidos, esto es con mantenimiento de los derechos derivados del sistema especial de origen. Es evidente que la creación de un nuevo sistema especial en el Régimen general para trabajadores procedentes del REASS puede llevar a una confluencia con los sistemas especiales ya existentes en los que se llevan a cabo trabajos agrarios y para empresas agrarias solo que ya no encaban en el concepto clásico de “labor agraria”, como se verá más abajo.

Las reformas no afectan directamente a las prestaciones por desempleo que seguirán rigiéndose por sus propias normas, en especial las que se refieren a los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura del AEPSA y de la renta agraria. Respecto de los demás eventuales y respecto del subsidio contributivo la equiparación ya se ha producido al modificar el RD 864/2006, de 30 de junio las desigualdades existentes en la Ley 45/2002, lo que se consolidará con la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General y la aplicación de cómputos de cotización a estos efectos en diversas actividades.

## **2. LA CONFIGURACION DEL NUEVO SISTEMA ESPECIAL**

### **2.1, CRITERIOS PERSONALES Y PROFESIONALES**

**La creación del sistema especial se caracteriza de entrada por incorporar al mismo a los trabajadores que ya estaban encuadrados en el REASS.** No obstante, para los demás se produce una modificación importante con la **exclusión de dos notas que han sido fundamentales en el sector, como la habitualidad y el que el trabajo agrario sea medio fundamental de vida**, que dificultaban la movilidad de trabajadores agrarios a otros sectores, se tratara de periodos largos o cortos.

En efecto en el SETACA, ya no se exige el requisito de que la actividad agraria lo sea de forma habitual y como medio fundamental de vida, sino que basta con la realización de labores agrarias sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias por cuenta ajena. No obstante, se exige realizar un mínimo de 30 jornadas reales en un periodo de 365 días, sin perjuicio del mantenimiento en el mismo durante los periodos de inactividad como ya se daba en el REASS. Los citados 30 días han de ser en labores agrarias, forestales y pecuarias y tareas complementarias y auxiliares de las mismas en explotaciones agrarias.

Los trabajadores por cuenta ajena del sistema especial pueden ser fijos o eventuales. Han de ser mayores de 16 años (art. 7 del ET). Se excluyen, igual que en el Estatuto de los Trabajadores, los familiares del empresario hasta el segundo grado cuando convivan con él y a su cargo (art. 7 de la LGSS, en la redacción del RDL 7/1989). Si no se dan esos requisitos, serán autónomos del SETA, si realizan actividad agraria de forma habitual, personal y directa. O cuando la actividad exceda del régimen agrario y se encuadre en el régimen de autónomos, autónomos comunes, o como empresarios<sup>82</sup>. La ley 18/2007 establece en este sentido que “la incorporación a este Sistema Especial, afectará, asimismo, al cónyuge y parientes hasta el tercer grado inclusive, que no tengan la

---

<sup>82</sup> Así en STS de 1 de diciembre de 1993 (Ar.9521) en caso de un médico que a la vez explota fincas que se encuadra como empresario del régimen agrario, no como trabajador por cuenta propia agrario.

consideración de trabajadores por cuenta ajena, mayores de 18 años y que realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la explotación familiar”.

Respecto del empresario, en la regulación del REASS se contenía un concepto de empresario específico, que se caracterizaba de partida por ser cualitativamente mucho más amplio que el establecido en otras normas y que probablemente haya que seguir manteniendo en el nuevo sistema especial. Así, se señalaba que será empresario a estos efectos *“toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que sea titular de una explotación agraria”*, con un añadido especial, pues el art. 4 del TRREA y 7 del Reglamento establecen que *“en cualquier caso se reputará empresario a quien ocupe trabajadores por cuenta ajena en labores agrarias”*. Por su parte el art. 10.2 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, considera empresario *“a quien ocupe trabajadores por cuenta ajena en las labores agrarias determinadas en las normas reguladoras del campo de aplicación de dicho régimen, sea con el carácter de propietario, arrendatario, aparcerero u otro análogo”*.

Creemos que el proceso de integración del REASS en el Régimen general no ha venido en principio a alterar este concepto. No obstante, a falta de definición alguna en la normativa de la ley 28/2011 habrá que estar a los términos que se prevean en su desarrollo reglamentario al que se remite.

## 2.2. EL CONCEPTO DE LABORES AGRARIAS

La regulación del sistema especial parte del concepto de **labor agraria, forestal o pecuaria en explotaciones agrarias**, pero también añade las que sean **“complementarias o auxiliares de las mismas”**. Todo ello *“en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

En tanto no se lleve a cabo el citado desarrollo reglamentario puede ser de utilidad recordar los criterios utilizados a nivel reglamentario para el encuadramiento en el REASS, por dos razones;

- . Porque son ya utilizados indirectamente para el encuadramiento en el nuevo sistema especial pues se integran en el mismo los que se encuentre actualmente encuadrados en el REASS, y para lo cual se ha utilizado ya el concepto de labor agraria del REASS.

- Y porque no diferirán probablemente mucho de los actuales conceptos, pues no hay un replanteamiento expreso de su actualización, aunque procedan de los años setenta y con frecuencia hayan planteado problemas interpretativos. Lo que tampoco impide una revisión del concepto clarificando a nivel reglamentario los trabajos que se deben considerar como labor agraria, lo que creemos conveniente, y precisando de otro modo el alcance de las labores *“complementarias o auxiliares”*, aunque en la regulación del REASS ya se precisaba y trazaba la frontera en tales trabajos auxiliares en función de cómo se llevaran a cabo y de su conexión con la explotación agraria.

En todo caso, como criterio objetivo es necesario destacar que sigue siendo definitorio el concepto de **«labor agraria»** para determinar si se reúnen los requisitos mínimos para estar encuadrado en el sistema especial (SETACA) y para alcanzar los 30 días de jornadas reales necesarios para la inclusión en el mismo.

Habrá que seguir estando a los trabajos que se consideran como labor agraria en el art. 8 del Reglamento del REASS.

**La creación de este sistema especial, el SETACA, además, podrá llevar en el futuro a una distinta relación entre los sistemas especiales próximos en los que se llevan a cabo si no labores agrarias sí “trabajos agrarios” (frutas y hortalizas, plátano, conservas vegetales, plátano, tomate)** pues en la reforma, como ya se señaló más arriba, se contempla la posibilidad de que determinados trabajos agrarios actualmente integrados en el Régimen general puedan integrarse en el nuevo sistema especial observando los requisitos del nuevo sistema especial y con garantía de derechos de Seguridad Social reconocidos, esto es, con mantenimiento de los derechos derivados del sistema especial de origen (disp.final 5ª de la nueva ley). Es evidente que la creación de un nuevo sistema especial en el Régimen general para trabajadores procedentes del REASS puede llevar a **una confluencia con los sistemas especiales ya existentes** en los que se llevan a cabo trabajos agrarios y para empresas agrarias solo que ya no encaban en el concepto clásico de “labor agraria”, especialmente en las tareas de manipulado y envasado y labores de segunda transformación.

### 2.3. FORMA DE CÓMPUTO DE LAS JORNADAS REALES

En el nuevo sistema especial, SETACA, es clave para el encuadramiento en el mismo y para su mantenimiento en el sistema especial la realización de un mínimo periodo de actividad que se cuantifica en 30 jornadas reales en un periodo continuado de 365 días.

Cuando se trate de la realización por primera vez de trabajos agrarios se plantea la cuestión de si hasta que transcurran los citados 30 días no cabrá el encuadramiento dentro del sistema especial con lo que los citados días estarán sujetos a la normativa común del Régimen general sin especialidades o si, al contrario, se estará en el sistema especial condicionado a alcanzar los 30 días. No queda claro en la ley pero parece que hay que inclinarse por la primera interpretación, aunque desde el punto de vista empresarial y de la contratación laboral sería más conveniente la segunda solución, pues de alcanzar en ese primer trabajo los 30 días ya se habrán cumplido los requisitos. La nueva normativa no dice que los 30 días de jornadas deban haberse reunido con anterioridad, como requisito previo a la inclusión en el sistema especial.

**La nueva normativa, sin embargo, no exige que las citadas jornadas reales lo sean a tiempo completo.** Tradicionalmente no se había contemplado en el trabajo agrario por cuenta ajena incluido en el REASS la modalidad de trabajo a tiempo parcial, de manera que aun llevándose a cabo se cotizaba por jornada a tiempo completo. La nueva regulación prevé ya **la posible cotización a tiempo parcial** en proporción a la parte de jornada realizada en los términos en que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio de la aplicación de las bases mínima de cotización (disp. ad.4ª de la nueva ley). Lo que no precisa es si al hablar de jornada real a efectos de encuadramiento pueden computar como tales de manera similar a las de tiempo completo las que se lleven a cabo a tiempo parcial. Como la ley no distingue deben ser aceptadas de la misma manera. A favor de esta interpretación se encuentra la previsión de que una jornada real en que se trabaje para dos empresarios en el mismo día se computen como dos jornadas reales.

La normativa también establece una serie de periodos de cotización que se computan a estos efectos como jornadas reales trabajadas, esto es, **jornadas reales “asimiladas”**. Son los siguientes:

- Periodos de IT derivados de contingencias profesionales (no así los derivados de contingencias comunes).
- Prestación de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

En todo caso se trata de situaciones que deben haberse generado y proceder de un periodo de actividad llevada a cabo en este sistema especial.

- Periodo de prestaciones por desempleo de nivel contributivo. En otra disposición se añade que cabe computar también los periodos de prestaciones asistenciales, los del subsidio de desempleo o renta agraria de Andalucía y Extremadura, aunque no los correspondientes a rentas de inserción. La percepción de tales prestaciones implicará la permanencia de sus beneficiarios en este sistema especial. Como se verá más abajo, de momento, los trabajadores eventuales tienen actualmente derecho a la prestación básica, pero no a las asistenciales, esto es, a los subsidios por desempleo.

-Periodos en que el trabajador se encuentre en alta en algún régimen de Seguridad Social como consecuencia de programas de fomento del empleo agrario. Obviamente cuando no se trate propiamente de labores agrarias. Así, por ejemplo, en obras afectadas al programa de fomento del empleo agrario regulado en el RD 939/1997, de 20 de junio, durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la situación de desempleo<sup>83</sup>.

Falta precisar otros extremos de cómputo de jornadas reales. Así, por ejemplo, si computan **las jornadas trabajadas en faenas agrícolas temporales en el extranjero** siempre que el órgano competente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales haya visado el contrato de trabajo y certifique las jornadas realizadas. Entendemos que debería precisarse pues afecta también a efectos de la cotización requerida para acceder al subsidio de desempleo agrario de Andalucía y Extremadura, respecto de los cuales en la actualidad se computan.

También cabe plantear si **al cómputo de las jornadas cotizadas** se aplican los criterios que ya se utilizan en ciertas prestaciones como las de desempleo (art. 215.1.2 de la LGSS y art.2 del RD 864/2006). Así en trabajadores fijos, si el número total de jornadas reales cotizadas se multiplicará por **el coeficiente 1,337**, que incluye la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones anuales, con los límites de los días naturales del año, y de los días naturales del período inferior considerado más los que proporcionalmente correspondan a las vacaciones anuales. En cambio, el coeficiente mencionado no se aplicará a las jornadas reales cotizadas que se exigen para obtener el

---

<sup>83</sup> La disposición adicional 3ª de la Ley 45/2002 excluye de la participación en programas de fomento del empleo para la realización de obras y servicios de interés general y social (del AEPSA) a los beneficiarios de este subsidio mientras existan campañas agrícolas a las que los mismos puedan acceder por tratarse de empleo adecuado.

subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, ni para obtener la renta agraria en favor de los citados trabajadores, establecida por el RD 426/2003, de 11 de abril. Entendemos que cuando se habla de jornadas reales deberá en su caso aplicarse el citado porcentaje para el cómputo de los 30 días.

#### 2.4. PERIODOS DE ACTIVIDAD Y PERIODOS DE INACTIVIDAD

Un criterio decisivo y peculiar de este sistema especial es que permite como ya lo hacía el REASS mantener la permanencia en el sistema aun cuando no se lleven a cabo actividades laborales agrarias. En efecto, cabe el mantenimiento en el sistema y la obligación de cotizar durante tales periodos. Aunque cabe también la baja en el mismo y la realización de trabajos fuera del campo de aplicación en el Régimen general.

**A estos efectos en el SETACA se definen los periodos de inactividad.** Así existirán periodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas reales en él realizadas sea inferior al 76'67 % de los días naturales en el que el trabajador figure incluido en el sistema especial. Se adopta así el porcentaje contemplado ya por la LPE 39/2010.

En cambio, no existirán periodos de inactividad dentro del mes natural cuando el trabajador realice en él para un mismo empresario un mínimo de 5 jornadas reales semanales en cumplimiento de lo establecido en el convenio colectivo que resulte de aplicación. La remisión al convenio colectivo puede habilitar a que el empresario se obligue a garantizar y cotizar por un número mínimo de jornadas con lo que habrá que estar a estos efectos a tal compromiso. De otro modo no se acaba de entender que se lleve a cabo tal remisión por su obviedad.

Durante los periodos citados de inactividad puede mantenerse el encuadramiento en el sistema especial o puede producirse la exclusión del mismo.

En la regulación del REASS se contemplaban una serie de situaciones a efectos de evitar la exclusión del régimen especial. Así:

- Las situaciones de percepción de prestaciones y subsidios por desempleo se equiparaban a la existencia de jornadas reales a efectos de mantenerse en el Régimen especial.

- Las situaciones de Incapacidad Temporal, Maternidad y Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia se excluían del cómputo de los seis meses de inactividad, aunque no se tuviera derecho al percibo del subsidio correspondiente por falta de carencia.

- También había diversas situaciones asimiladas al alta que permitían el mantenimiento en el régimen especial: desplazamiento al extranjero por razón de trabajo en los términos del art. 71 de la ley de seguridad social agraria (Decreto 3772/1972), periodos de percepción de ayudas al cese de actividad.

Durante las situaciones como subsiste la obligación de cotizar, si bien a cargo del propio trabajador como periodo de inactividad, no procedía la baja en el censo agrario.

Durante los periodos de excedencia a que tengan derecho y que se regulan en el artículo 180 de la LGSS, debían permanecer encuadrados en dicho Régimen y, por tanto, incluidos en el censo agrario en situación asimilada al alta, considerándose como periodo cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad, y sin que el trabajador tenga que cotizar, ni, por supuesto, el empresario deba efectuar, por su parte, cotización alguna.

Tras la creación del SETACA **tales situaciones deben seguir considerándose como forma de abordar los periodos de inactividad** pues además no se contemplan como causas de exclusión por lo que se producirá en principio el mantenimiento en el sistema especial. Tras la creación del SETACA la regla general es posibilitar el mantenimiento. No obstante, se produce la exclusión por las siguientes razones:

- Por solicitud del trabajador.
- De oficio por la TGSS cuando se den los siguientes supuestos:
  - Cuando no se den los requisitos de inclusión, es decir cuando habiéndose mantenido en el sistema especial el trabajador no lleve a cabo jornadas reales en el mismo de 30 días en un periodo continuado de 365 días. Este periodo se computa desde que finalizó el periodo anterior de 365 días. Así, por ejemplo, si un trabajador trabaja a lo largo de 2010 los 30 días en labores agrarias tiene derecho a permanecer en el sistema siempre que desde que finalizó el periodo anterior alegado, por ejemplo el 31 de diciembre de 2010, realice en 2012, al menos, otras 30 jornadas reales.
  - Por falta de abono de las cotizaciones a cargo del trabajador durante dos mensualidades consecutivas en el periodo de inactividad.

En tales supuestos de exclusión se precisan los efectos de la misma, pero también, y con mayor precisión las reglas para que se produzca la reincorporación al sistema especial.

Así, en el primer caso, cuando la exclusión se produce de manera voluntaria, probablemente porque el trabajador pasa a realizar otra actividad, los efectos de la exclusión se producen desde el día primero del mes siguiente al de la presentación ante la TGSS de la solicitud del trabajador. Cuando se produzca por falta de requisitos o falta de cotización se aplica el mismo criterio sólo que el mes es el siguiente al de la notificación de la resolución de la TGSS por la que se da la exclusión o al de la segunda mensualidad no ingresada. No obstante, en este último supuesto, falta de ingreso de las cuotas, la exclusión se retrasa si el trabajador se encuentra en IT, sea cual sea su causa, maternidad, paternidad riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en cuyo caso los efectos de la exclusión se posponen al día primero del mes siguiente a aquel en que finalice la percepción de la correspondiente prestación económica. No obstante, quedará cancelada de haberse abonado las cuotas pendientes antes de ese momento.

En el caso de trabajadores incluidos en el censo del REASS que se incorporen al SETACA la exclusión únicamente procederá en los siguientes supuestos:

- En el supuesto de que no realice ninguna jornada real durante un periodo superior a seis meses naturales consecutivos contados desde el día siguiente a

la última jornada. La TGSS en tal caso acordará de oficio la baja con efectos a partir del primero del séptimo mes siguiente a aquel en que se realizó la última jornada.

- En los casos en que el trabajador no ingrese la cuota correspondiente a los periodos de inactividad.

Pese a la exclusión, para volver a reincorporarse al sistema especial se aplican criterios diferentes en función del supuesto de exclusión de que se trate. Así:

- a) En caso de exclusión por decisión voluntaria del trabajador se exige el requisito de haber realizado un mínimo de 30 jornadas reales dentro del periodo continuado de 365 días, salvo que la exclusión solicitada se hubiera producido con ocasión del desempeño de otra actividad que hubiera determinado su alta en otro régimen de Seguridad Social o de encontrarse en una situación asimilada al alta computable para acceder a prestaciones comprendidas en la acción protectora de este sistema especial. Para ello debe solicitar la inclusión en el sistema especial dentro de los tres meses siguientes al de la fecha de efectos de la baja o de extinción de la situación asimilada al alta.

Tal requisito no se exige a los actuales trabajadores incluidos en el censo del REASS que se incorporen al SETACA.

Tras la creación del SETACA las situaciones asimiladas al alta que hay que tener en cuenta con cómputo de cotizaciones son las mismas que en el régimen general común (IT, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural y las de maternidad y paternidad, cotización ficticia en caso de que no se haya accedido a la prestación por maternidad, excedencia por cuidado de hijos, menores acogidos, de familiares<sup>84</sup> o víctimas de violencia de género, periodo de suspensión del contrato con derecho a reserva de puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

- b) Exclusión por falta de pago de las cuotas. De entrada es una exclusión relativa pues ello no impide que en caso de nuevos periodos de actividad en labores agrarias queden incluidos en el sistema especial durante los días que presten sus servicios con las consiguientes altas y bajas, aunque no, al parecer, en los periodos de inactividad. Para reincorporarse de manera plena el sistema, además de reunir el periodo mínimo de actividad de los 30 días, se requiere también el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas correspondientes a los periodos de inactividad, por lo que parece que en caso de falta de cuotas atrasadas por este concepto deberán ponerse al día. No obstante, puesto que se produjo la exclusión por falta de pago de cuotas debe tratarse de cuotas de periodos de inactividad anteriores a la citada exclusión y que la motivaron.
- c) Exclusión por falta de requisitos de jornadas reales. En tal caso se exige tener cumplidos tales requisitos en el momento de solicitar de nuevo la

---

<sup>84</sup> En estos últimos tras la ley 52/2003.

inclusión en el sistema, de manera que pueden computarse las jornadas anteriores realizadas con posterioridad a la exclusión, pero también las anteriores de encontrarse en el arco temporal de los 365 días anteriores a la fecha de efectos del reinicio y además el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas por los periodos de inactividad.

Se produce así un nuevo reforzamiento del requisito de estar al corriente del pago de las cuotas pues no sólo se exige para acceder a las prestaciones sino también para la inclusión en el sistema especial.

Los efectos de la reincorporación al sistema especial en estos supuestos tendrán lugar:

- a) Cuando se tratara de reincorporación tras exclusión voluntaria los efectos se producen a partir del primer día del mes siguiente a la presentación de la solicitud. No obstante, si el trabajador proviene de una situación de alta por otra actividad o de asimilación al alta a la que se ha hecho referencia más arriba podrá optar porque sus efectos tengan lugar no el fecha que se acaba de mencionar desde la fecha de efectos de la citada baja o extinción de la situación asimilada al alta.
- b) Cuando la exclusión se hubiera producido de oficio por la TGSS por incumplimiento del requisito de jornadas reales los efectos de la reincorporación se producirán desde el primer día del mes siguiente al cumplimiento de tal requisito. Es decir, como ya se señaló más arriba para la inclusión, las jornadas reales necesarias en tal caso no estarán encuadradas dentro de este sistema especial sino en el Régimen general.
- c) Cuando la exclusión se haya producido de oficio por la TGSS por falta de cotización los efectos de la reincorporación se producirán desde el primer día del mes siguiente al de la solicitud o desde el día primero de ingreso de las cuotas debidas, a opción del trabajador.

## 2.5. ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA ESPECIAL DE TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA (SETA) Y EN EL SISTEMA ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS (SETACA).

Una vez desaparecida o decaída la exigencia de habitualidad y medio fundamental de vida cuando se realicen indistintamente actividades por cuenta propia del SETA y por cuenta ajena del sistema especial (SETACA), cabe plantear la cuestión de si cabe un encuadramiento múltiple, a la vez en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta ajena dentro del Régimen general y en el sistema especial del RETA como trabajador por cuenta propia.

En el REASS no cabía al estar ambas actividades dentro del propio REASS. Los trabajadores agrarios que realicen su actividad indistintamente por cuenta propia y por cuenta ajena figuraban inscritos en la sección del Censo correspondiente a los Trabajadores por Cuenta Propia, ingresando las cuotas fijas correspondientes a tal condición con independencia de la cotización por jornadas reales y por contingencias

profesionales a cargo del empresario (art.6. párrafo segundo del Decreto 2123/1971 de 23 de julio, tras el art. 10.3 de la ley 36/2003 de 11 de noviembre).

Actualmente nada se prevé pero los trabajadores por cuenta propia del SETA podrán realizar jornadas reales agrarias y cotizar por ellas, si bien como no inscritos en el censo, como los trabajadores de otros regímenes especiales.

Tras la creación del sistema especial SETACA puede mantenerse tal criterio o bien puede admitirse el doble encuadramiento, pues un trabajador agrario por cuenta propia puede realizar jornadas agrarias por cuenta ajena que permitan cumplir los requisitos mínimos para el encuadramiento y en los periodos de inactividad de jornadas agrarias estar encuadrados en el sistema especial del SETA si reúnen los requisitos de obtención de rentas para ello. La realización de otras actividades, al menos a efectos de no perder la posibilidad de reincorporarse al SETACA, puede darse en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social. Por su parte la ley 18/2007 que crea el SETA tampoco exige una exclusividad sino sólo la realización de forma personal y directa de las labores agrarias en la explotación, aún cuando se ocupen a trabajadores por cuenta ajena, ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por ciento de su renta total por su actividad agraria y que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación no superen el 75 por ciento de la base máxima de cotización del Régimen General en cómputo anual, pero no impide la obtención de rentas por trabajos por cuenta ajena.

## 2.6. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Los trabajadores en el REASS debían hallarse inscritos en el censo agrario, dependiente de la TGSS (RD 1258/1987). La inscripción en el mismo, las altas y las bajas se regulaban por el RD 2123/1971 y por los arts. 35, 39.1., 42,5, 45 y 46 del RD 84/1996 de 26 de enero modificado por RD 459/2002 de 24 de mayo, RD 459/2006 y refundidos en el RD 1382/2008 de 1 de agosto.

**En el SETACA ya no se habla lógicamente de censo agrario sino de la inclusión o exclusión en el sistema especial.**

**De otro lado se mantiene la peculiaridad actual dentro de los actos de encuadramiento consistente en un plazo especial de presentación de las solicitudes de alta** cuando no resulte posible dicha presentación con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios, pudiendo en tal caso, si se contrata al trabajador el mismo día de la prestación de servicios, realizarse hasta las 12 horas del día de inicio de la prestación cuando no haya sido posible formalizarse con anterioridad al inicio de dicha jornada. Se mantiene también la especialidad de que si la jornada de trabajo finaliza antes de las 12 horas, las solicitudes de alta deberán presentarse antes de la finalización de esa jornada. No se prevé el supuesto de que se inicie la jornada después de las 12 horas por lo que habrá de darse el alta antes de la 12 horas. En el REASS si ésta se iniciaba después de las 12 horas, se consideraban dentro de plazo las presentadas hasta las 12 horas del día siguiente.

Respecto a las consecuencias que pudieran tener en orden a la cotización de los trabajadores agrarios por cuenta ajena la presentación de las jornadas reales fuera del plazo de seis días, el Reglamento General de Afiliación señala la obligación de efectuar dicha comunicación, pero no determina ningún efecto en cuanto a la cotización. No obstante, tal deficiencia pudiera ser constitutiva de una infracción leve en materia de Seguridad Social, prevista en el artículo 21.4 de la LISOS.

Como consecuencia de que los empresarios comunican las jornadas reales en los primeros seis días de cada mes, no se precisa que los empresarios comuniquen las bajas de los trabajadores eventuales, salvo que estén sujetos a la modalidad de cotización mensual o general, lo que implica que no se les exige la obligación de cotizar por baja retrasada.

La **baja o exclusión del sistema** tendrá lugar cuando el trabajador deje de reunir cualquiera de las condiciones establecidas para estar incluidos en el campo de aplicación o por inclusión indebida o por falta de pago durante los periodos de no actividad. Puede llevarse a cabo de oficio por la propia TGSS sin que sea necesario recurrir a la vía del art. 145 LPL, si se trata de un hecho nuevo<sup>85</sup>.

Una característica importante es que en este régimen **no se contemplaba la gestión de la IT por contingencias comunes por las Mutuas** de la Seguridad Social (opción de cobertura). Ninguna novedad se ha contemplado en este sentido en la normativa por la que se crea el SETACA.

## 2.7. COTIZACIÓN

La cotización en el REASS corría a cargo del propio trabajador y bajo su responsabilidad desde la inscripción en el censo mientras continuara su actividad. La cuota fija mensual se dividía por treinta todos los meses a efectos de cotizar por días en aquellos casos en que el trabajador iniciara o finalizara su actividad sin coincidir con el principio o fin del mes natural del art. 45.1.5 del RD 84/1996. Así pues tras el RD 459/2002 se estableció una proporcionalidad de día trabajado/ día cotizado, aunque ello no significara la aplicación de las normas del trabajo a tiempo parcial. No se extendía, además, a la cotización por horas trabajadas.

En el supuesto de contratos de trabajo a tiempo parcial no se aplicaban las normas de cotización propias de este contrato, sino las específicas del régimen especial agrario (disp. ad. 11ª de la OM de 15 de enero de 1999 y RDL 15/1999 y RD 144/1999).

La creación del Sistema especial (SETACA) ya había sido precedida por una modificación importante de la forma de cotizar, que ahora se consolida como la especialidad más importante de este nuevo sistema especial. Se trata de modificar la base de cotización para mejorar las prestaciones sin costes excesivos para trabajadores y empresarios, mediante tipos comunes pero con reducciones para la empresa y tipos específicos para los periodos de inactividad y con un largo periodo transitorio para su plena aplicación.

Ello supone la **modificación de la forma de cotizar distinguiendo entre periodos de actividad y periodos de inactividad**. Así tras la Ley 2/2008 de 23 de diciembre (LPE para 2009), continuada por la LPE para 2010 (ley 26/2009) y para 2011 (ley 39/2010) se distingue ya la cotización de ambos periodos.

Con la creación del sistema especial el propio esquema de fuentes se modifica pues se establece claramente la aplicación de la normativa vigente aplicable al Régimen general de la Seguridad Social con las particularidades establecidas para este sistema especial.

---

<sup>85</sup> STS de 16 de octubre de 1996, (Ar.7766).

Así, en los **periodos de actividad** las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el art. 109 de la LGSS desapareciendo el sistema de bases tarifadas, que originaba bajos costes pero también bajas prestaciones, y aproximando la cotización a los salarios reales. No se prevé la fijación de una base máxima especial para los diversos grupos de cotización como ha venido estableciéndose en las LPE citadas. Así la ley 39/2010 establece para el grupo 1 la base máxima de 1.393,80 euros y para los demás grupos la de 986,70 euros.

La cotización puede llevarse a cabo por el empresario por bases mensuales o por bases diarias en función de las jornadas reales realizadas.

**De no ejercitarse expresamente dicha opción por el empresario, se entenderá que el mismo ha elegido la modalidad de bases mensuales de cotización.**

La cotización sobre bases mensuales será obligatoria para trabajadores con contrato indefinido, con la exclusión de los fijos discontinuos respecto de los que tendrá carácter opcional. Así debería haberse contemplado, como opcional, también para los eventuales. No ha sido así por lo que parece que la empresa deberá cotizar necesariamente por jornadas reales, no pudiendo hacerlo por bases mensuales.

Cuando la cotización se lleve a cabo por jornadas el art. 109 de la LGSS se aplicará a cada jornada real que se realice, sin que pueda ser inferior a la base diaria de cotización que se establezca legalmente. Tampoco aquí se fijan importes específicos de las bases diarias máximas de cotización.

No obstante, sí se establece un largo periodo transitorio para que mediante las sucesivas Leyes de Presupuestos las bases de cotización actuales se vayan aproximando o equiparando a las comunes del Régimen General, en especial en lo que se refiere a las bases máximas. Así:

- En 2012 la base máxima será de 1800 euros mensuales o 78'26 euros por jornada realizada
- Las futuras leyes de presupuestos irán incrementando la base máxima en los cuatro años siguientes para equipararla a la existente en el régimen general, pero de una manera nominal pues de hecho la base real debe resultar de aplicar a la máxima las reducciones que se verán más abajo de manera que no exceda de los 1800 euros citados.

En el SETACA se prevén **reducciones en las aportaciones empresariales** a la cotización de trabajadores por cuenta ajena agrarios del SETACA. Ya en la regulación actual del REASS se contemplan las siguientes (ley 39/2010, LPE para 2011):

a) En la cotización respecto a los trabajadores encuadrados en los grupos de cotización 2 a 11, ambos inclusive, la aportación mensual a satisfacer por la empresa se reducirá en 56,35 euros, en cómputo mensual. Del importe a reducir, el 90 por ciento se aplicará a la cotización por contingencias comunes y el 10 por ciento a la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b) En la cotización por jornadas reales respecto a los trabajadores con contrato temporal y fijo discontinuo, encuadrados en los grupos de cotización 2 a 11, ambos inclusive, e incluidos en el censo agrario, la reducción será de 2,45 euros por cada jornada, de los que 2,20 euros se aplicarán a la cotización por contingencias comunes y 0,25 euros a la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Tales bonificaciones son compatibles con las de fomento de empleo de la ley 43/2006

En la futura normativa de regulación del SETACA se regulan también los **tipos de cotización y las reducciones a aplicar desde el ejercicio de 2012 hasta el de 2031**. Así:

- Los tipos de los grupos de cotización 2 a 11 el tipo a cargo del empresario será del 15'95 en 2010 e irá aumentando anualmente en 0'45 puntos porcentuales
- Los tipos de cotización aplicables a las bases por contingencias comunes son los comunes del Régimen general, si bien para que sea asumible por el empresario se contemplan reducciones y en su caso aportaciones presupuestarias de forma que el tipo real no resulte superior al 15'5 %.

Respecto de los grupos 2 a 11 se establece un tipo del **13'20 %** incrementándose anualmente en 0'45 puntos durante el periodo 2013-2021, un 0'24 durante el periodo 2022-2026 y en 0'48 puntos durante el periodo 2027-2031, momento en el que alcanzará el **20'65 (tras la corrección de errores del Boe de 21 de octubre)**.

El RDL 20/2011 de 30 de diciembre dedica su artículo 13 a la **actualización de las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional**.

Según esta norma el contenido del artículo 132 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, tendrá, además de las adaptaciones derivadas de las modificaciones legales operadas durante el año 2011, las especificaciones y excepciones que en ella se establecen. Entre ellas hay que destacar:

a) Durante el año 2012 no resultará de aplicación la cotización adicional por horas extraordinarias a que se refiere el apartado Dos.3 del artículo 132 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre.

b) Independientemente del número de horas de trabajo realizadas en cada jornada, la base de cotización no podrá tener una cuantía inferior a la de la base mínima diaria del grupo 10 de cotización establecida para los períodos de actividad.

c) Para los trabajadores incluidos en el grupo 1 de cotización no será de aplicación durante 2012 lo establecido en el apartado 1.º del artículo 4.4. a) de la ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

Se refiere a la cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de maternidad y paternidad causadas durante los períodos de actividad, en las que la ley 28/2022 establecía que la cotización se efectuará en función de la modalidad de contratación de los trabajadores

de manera que respecto de los trabajadores agrarios con contrato indefinido, la cotización durante las referidas situaciones se regirá por las normas aplicables con carácter general en el Régimen General de la Seguridad Social.

En contrapartida a la aportación empresarial por contingencias comunes se aplican las siguientes reducciones (ley 28/2011):

- Grupo 1.....reducción de un 8'10 desde 2012 a 2031

-Grupos 2 a 11:

- bases de cotización iguales o inferiores a 986'80 euros mensuales o 42'90 euros por jornada realizada se establece una tabla de reducciones que partiendo de una reducción del 6'15 en 2012 va subiendo de la siguiente manera hasta alcanzar en 2031 el 8'10, como los del grupo 1.

- bases de cotización superiores a 986'80 euros mensuales o 42'90 por jornada realizada hasta 1.800 euros mensuales o 78'26 euros por jornada real realizada. Se aplica un porcentaje resultado de aplicar una serie de fórmulas en dos tramos, 2012-2021 y 2022-2030.

En caso de trabajadores con cotización mensual pero que no trabajen todos los días del mes la reducción será proporcional a los días trabajados.

Se trata mediante estas reducciones de conseguir dos objetivos: que la elevación de las bases y los tipos de cotización con el fin de mejorar y elevar las prestaciones no sólo no pongan en peligro los costes y la rentabilidad de las explotaciones, sino también de que los beneficios de cotización incentiven la estabilidad en el empleo, la celebración de contratos fijos discontinuos o, al menos, una mayor duración de los contratos temporales.

Por otro lado, según la Disposición adicional sexta de la ley 28/2011 las reducciones en la cotización establecidas en esta ley podrán actualizarse cada tres años mediante las futuras Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en función de la evolución del índice de precios al consumo experimentado en tales períodos de tiempo.

En cuanto a la cotización incrementada en (un 36 % de la cotización empresarial) por contratos temporales de duración inferior a siete días la TGSS consideró en 2007 que no era de aplicación al REASS. Se argumentó que, dado que la cotización por contingencias comunes es la que estaba exclusivamente a cargo del trabajador incluido en el censo y no del empresario, la citada disposición no era de aplicación al REASS.

Con la creación del SETACA dado que es natural y propia de las circunstancias productivas, económicas y climatológicas del sector la eventualidad de la contratación a los contratos de corta duración siguen sin ser de aplicación los tipos específicos previstos con carácter general para estos contratos cuya duración efectiva sea inferior a siete días.

También se cotiza por desempleo, FOGASA y Formación Profesional sobre las bases de contingencias profesionales, como los demás trabajadores del Régimen general. En la ley 39/2010 las bases eran las de contingencias comunes. Los tipos son los mismos para

desempleo de los demás trabajadores, los que se fijan en la LPE. Sin embargo, son más bajos para el FOGASA (0'1 frente al 0'2 que es el tipo común) y para Formación profesional (0'18 por ciento, del que un 0'15 corresponde al empresario y un 0'03 al trabajador frente al tipo común del 0'7 del que 0'6 corre a cargo de la empresa y un 0'1 a cargo del trabajador).

Cuando los trabajadores inicien o finalicen su actividad sin coincidir con el principio o fin de un mes natural, siempre que dicha actividad tenga una duración de al menos 30 días naturales consecutivos, esta modalidad de cotización se realizará con carácter proporcional a los días en que figuren en alta en este Régimen Especial durante el mes.

Durante los **periodos de inactividad** en labores agrarias la cotización corre a cargo exclusivo del trabajador y será exclusivamente mensual. Y se señaló más arriba como son periodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas reales realizadas durante el mismo sea inferior al 76,67 por ciento de los días naturales en que el trabajador figure incluido en el sistema especial.

Su fórmula de cálculo no viene fijada por la normativa que regulará en el futuro este sistema especial sino que ésta se remite a la correspondiente LPE de cada año. No obstante, sí precisa que la base de cotización será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen general.

La cotización respecto a estos períodos de inactividad en el SETACA se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$C = [(n/N) - (jr \times 1,304/N)] bc \times tc$$

En la que:

C = Cuantía de la cotización.

n = Número de días en el censo agrario sin cotización por bases mensuales de cotización.

N = Número de días de alta en el censo agrario en el mes natural.

jr = Número de días en el mes natural en los que se han realizado jornadas reales.

bc = Base de cotización mensual.

tc = Tipo de cotización aplicable, conforme a lo indicado en el apartado 4.b).

En ningún caso, la aplicación de la fórmula anterior podrá dar lugar a que C alcance un valor inferior a cero.

A efectos de la aplicación de esta fórmula, cuando los trabajadores no figuren en alta en el censo agrario durante un mes natural completo, la cotización respecto de los períodos de inactividad se realizará con carácter proporcional a los días en alta en dicho mes.

El tipo de cotización aplicable será el 11'5 %.

Se prevén en el sistema especial normas especiales de cotización durante la Incapacidad Temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Hay que distinguir si estas situaciones se han causado durante los periodos de actividad o durante los periodos de inactividad. Si se han causado en

periodos de actividad el empresario no está obligado a practicar retención alguna al trabajador siendo responsable de ingresar únicamente las aportaciones a su cargo. Las aportaciones correspondientes al trabajador serán ingresadas por la entidad que efectúe el pago directo de las prestaciones. Lo que supone además que no existe pago delegado de la IT ni siquiera durante los periodos de actividad sino que la obligación se traslada a la entidad gestora o colaboradora, salvo que estén percibiendo la prestación contributiva de desempleo en que el pago delegado lo lleva a cabo el Servicio Público de empleo.

En el primer caso la cotización presenta la especialidad de que cuenta con las siguientes reducciones:

- Una escala de 13'20 punto en 2012 hasta alcanzar en 2031 20'85 puntos. La escala supone un incremento de 0'45 puntos al año durante el periodo 2030-2021, 0'24 durante el periodo 2022-2026 y 0'48 puntos durante el periodo 2027-2031.
- En la cotización por desempleo la reducción, en este caso fija, es de 2'75 puntos porcentuales de la base de cotización.
- Las citadas reducciones se aplican tanto a contratos indefinidos, como a fijos discontinuos y temporales, sólo que en estos dos últimos se produce sólo en los días en que no hayan podido prestar servicios por encontrarse en algunas de las situaciones mencionadas.

En el segundo caso, respecto de los días en que no está prevista la prestación de servicios, esto es, durante los periodos de inactividad, la obligación de cotizar corresponde al propio trabajador, excepto en los supuestos de maternidad y paternidad, que se considerarán como de cotización efectiva para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

En caso de riesgos profesionales la base de cotización vendrá determinada por la de accidente de trabajo y enfermedad profesional del mes anterior al de la baja, excluyendo el importe de las horas extraordinarias realizadas e incluyendo el promedio anual por dicho concepto. Es decir, la común del Régimen general.

En cuanto a la base de cotización al desempleo durante la situación de incapacidad temporal (también maternidad y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia), aunque nada diga la prevista nueva regulación, se fijará de forma distinta según se trate de trabajadores con modalidad de cotización mensual o por jornadas reales, pues en la modalidad mensual la base de cotización será la del mes anterior al de la baja, mientras que en la modalidad de jornadas reales dado que durante la situación de IT no se efectúan jornadas reales, deba mantenerse el criterio del INEM fijado desde 1992, de forma que la base de cotización se determina por la cuantía correspondiente al número de jornadas reales que el trabajador hubiese realizado de haber estado en activo.

Hay otra peculiaridad en el régimen jurídico actual en la cotización al desempleo durante la situación de Incapacidad Temporal. De acuerdo con el artículo 131.1 de la LGSS en caso de enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio de incapacidad temporal se abonará a partir del 16º día de baja en el trabajo; a partir de ese día, el INSS deducirá del importe del subsidio la cuantía a que ascienda la aportación del trabajador

al desempleo. Por lo tanto, a partir de ese 16º día, el empresario únicamente cotizará por la aportación empresarial (5,75%) pero habrá de cotizar por ambas aportaciones (5,75+1,55 = 7,30 %) durante los primeros 15 días. Esta peculiaridad es extensible a los trabajadores eventuales con referencia a su correspondiente tipo de cotización.

Durante desempleo en caso de trabajadores fijos (dice el art. 70.3 del RD 84/1996 tras RD 459/2002 de 24 de mayo) y también de los eventuales fuera de Andalucía y Extremadura (tras el RDL 5/2002 de 24 de mayo y la ley 45/2002) durante la percepción de las prestaciones de desempleo la entidad gestora del mismo tendrá a su cargo la cuota fija del trabajador que tuviera en el momento de la situación legal de desempleo minorada en un 28 %, que abonará a los beneficiarios junto a las prestaciones económicas viniendo los beneficiarios obligados a ingresar la cotización por la totalidad de la cuota fija correspondiente. Habrá que entender que se mantendrá tal regulación con la creación del SETACA.

No se contemplaba el beneficio de **exoneración de cuotas para trabajadores mayores de 65 años que continúen en desarrollo de su actividad** (art 112 bis de la LGSS tras la ley 35/2002 de 12 de julio), aunque sí las de mantenimiento de empleo de más de 59 años y la contratación de desempleados con responsabilidades familiares (RD 1975/2008 de 28 de noviembre), mientras no se modificara la disp. ad. 8ª de la LGSS. Al crearse el SETACA no cabe ya el argumento de la exclusión de esta disposición adicional por lo que serán extensibles a los trabajadores agrarios por cuenta ajena tales beneficios bien a partir de los 65 años bien a partir de la edad que corresponda tras la reforma de la edad de jubilación del art. 161 de la LGSS tras la ley 27/2011.

## 2.8. ACCIÓN PROTECTORA. PRESTACIONES

### A) Introducción

En el REASS y de acuerdo con lo que establece el art. 18 de la LSA, los trabajadores por cuenta ajena si bien tenían el mismo cuadro de prestaciones que en el Régimen general, al que se habían de uniformar en cuanto a extensión, términos y condiciones, sin embargo se contemplan «particularidades». A ellas se refiere la propia LSA (art. 19) y es por lo que se habría justificado la propia razón de ser del régimen especial. No obstante, se fue produciendo una equiparación desde una infraprotección hasta una mayor aproximación al nivel de los trabajadores del Régimen general tal como se ha señalado más arriba en el proceso de reformas desde los años noventa.

No obstante, una característica de este régimen especial era la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a la mayoría de las prestaciones (dispos. ad. 39ª LGSS), dado el sistema específico de cotización del trabajador por cuenta ajena, independiente de la cotización por jornadas reales, y que lo aproxima al trabajador por cuenta propia. Así ya en el REASS cuando el trabajador sea el sujeto obligado a cotizar ha de hallarse al corriente de las cuotas (art. 5 del Decreto 2123/1972 y art. 12 del TRLSA y D. 3772/1972, de 23 diciembre, art. 46.2) (Res. de la DGSS de 4 de mayo de 1995) con carácter general, sin perjuicio de los plazos y excepciones señalados en el reglamento en el momento de causar baja por incapacidad temporal, sin que quepa admitir el pago posterior al hecho causante y sin que la jurisprudencia admita el recurso a la equidad mitigadoras de la rigidez del requisito. En el caso de Incapacidad Temporal se exigía específicamente en el art. 4.1.b) del RD 1976/1982<sup>86</sup>. Una abundante

---

<sup>86</sup> STS de 30 de enero de 1998, (Ar.1153).

jurisprudencia insiste en este requisito (art.5.3 y 12 del Decreto 2123/1971 de 23 de julio y art.46.2 del Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre)<sup>87</sup> que se da también en caso de trabajadores fijos discontinuos<sup>88</sup>. Sólo se excepciona cuando la falta del ingreso no sea imputable al trabajador<sup>89</sup>.

La cotizaciones debidas, aun prescritas, no se computaban a efectos de los requisitos de carencia para el acceso a las prestaciones (STS de 20 de febrero y 4 de abril de 2007, (Rec.3417 y 5476/2005). Así lo establece la disposición adicional 39ª de la LGSS tras la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, que pone fin a la tesis de la STS de 9 de junio de 1997 Ar.4696). Cabrá a estos efectos únicamente el sistema de invitación al pago propio del RETA (art. 28. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto).

No computan las cotizaciones si no se está al corriente del pago de las cuotas aunque éstas se causen en un régimen distinto, no en el agrario. Las cotizaciones no se totalizarán si el trabajador no está al corriente de las del Régimen especial agrario. Así lo establece la disposición adicional 39ª de la LGSS tras la Ley 52/2003 de 10 de diciembre<sup>90</sup>.

Las cotizaciones no se totalizarán si el trabajador no está al corriente de las del Régimen especial agrario ni siquiera aunque el descubierto sea de poca significación (aunque sea sólo de un mes: STS de 2 de octubre de 2007 (Rec.3568/06). Cabrá a estos efectos únicamente el sistema de invitación al pago propio del RETA (art. 28. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto), si bien sólo para ciertas prestaciones ( no para IT).

Esta especialidad se traslada al SETACA ya que es el trabajador el obligado a cotizar, si no durante los periodos de actividad, más allá de la cotización común como trabajador, sí durante los periodos de inactividad, de mantenerse en el sistema especial, como se vio más arriba. En efecto para acceder a las prestaciones “económicas” será necesario que los trabajadores se encuentren al corriente del pago de las cotizaciones correspondientes a los periodos de inactividad de cuyo ingreso sean responsables.

Cuando se trate de asistencia sanitaria no será exigible, pues ya en el REASS no se exige tal requisito pues las prestaciones por causa común se prolongan por el plazo de 3 meses y se mantienen aun cuando el trabajador no estuviera al corriente del pago de sus cuotas (art. 20 LSA y 49 y 50 del RSA).

---

<sup>87</sup> Desde STS de 22 de mayo y 14 de diciembre de 1992 (Ar.3589 y 10079) y 24 de marzo de 1993 (Ar.2205) y más recientemente desde STS 18 de septiembre de 1996 (Ar.7215), 18 de diciembre de 1996 (Ar.9728), y numerosas de 1997 y 1998, como las de 20 de enero, 11,21 y 24 de febrero,17 y 18, 24 de marzo, 27 y 29 de mayo, 9 y 16 de junio, 9 y 21 de julio,7, 13,14,20,21, de octubre,7 de noviembre (Ar.8307), 3,5,9,11 y 16 de diciembre de 1997, 20, 26, 30 de enero, 5 de febrero de 1998 (Ar. de 1997, 621,1257, 1573, 1578, 2565, 2756, 4428, 4430, 4474, 4696, 4757, 5876, 6255, 6845, 6993, 7301, 7470, 7474, 7476, 7482, 9286, 8930, 9039, 9186, 5164 y de 1998 Ar.5,1061,1153, 1638,entre otras de 1998 como las de 23 de marzo, 6,7,28 de abril, 5, 20, 30 de mayo, 11, 16 y 29 de junio), 19 de mayo de 2004, 9 de junio de 2006, 27 de enero, 2 de enero, 5 de diciembre de 2007, 10 de julio de 2008.

<sup>88</sup> STSJ Murcia de 12 de marzo de 1998 (AL n.30/1998, ep. 1271).

<sup>89</sup> Por ejemplo, por error bancario en STS 15 de noviembre de 1999 (Ar.8740) y Auto TS de 11 de enero de 2001, (Ar.835).

<sup>90</sup> Corrigiendo la tesis de la STS de 9 de junio de 1997. No obstante, la STS de 10 de noviembre de 2011 (rec.4491/2010) unifica doctrina volviendo a esta sentencia.

Recuérdese que el requisito de estar al corriente del pago opera en aquellos casos vistos más arriba de exclusión del sistema especial por falta de pago de dos mensualidades consecutivas, si el trabajador desea reincorporarse al SETACA. No se hace referencia al mecanismo común de invitación al pago que contemplado en el art.28 del Decreto 2530/1970 para el RETA se ha generalizado para todos los regímenes en que el trabajador es el sujeto obligado a ingresar las cuotas. Sin embargo, ya la disposición adicional 39ª de la LGSS ha generalizado el citado procedimiento de invitación al pago para todos los supuestos en que el trabajador sea el obligado a ingresar las cuotas.

## **B) Incapacidad temporal, Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.**

En principio no presenta peculiaridades en relación con los demás trabajadores del Régimen General. No obstante, en Incapacidad Temporal la nueva prevista normativa sobre el SETACA establece algunas especialidades.

Así cuando la IT deriva de enfermedad común la cuantía de la base reguladora no es la misma que para los demás trabajadores (la del mes anterior a la baja dividida por 30 días o en su caso por el número de días a que dicha cotización se refiera según el art. 13 del Decreto 1646/1972 en desarrollo del art. 129 de la LGSS).

Sin embargo, en el SETACA se considera que el trabajador no trabaja siempre el mismo número de días todos los meses e incluso para los de cotización mensual por lo que se acude a una fórmula ponderada que se aproxima más que a la forma establecida para el trabajo a tiempo parcial, en el que se toma en cuenta el promedio de los días cotizados en los tres últimos meses (art. 4.1 del RD 1131/2002), a la fórmula de cálculo de la base reguladora de la Maternidad en trabajo a tiempo parcial que toma el promedio de los últimos 12 meses cotizados (art.6 del RD 1131/2002), si bien adoptando no días naturales sino el promedio mensual de las bases de cotización correspondientes a los días efectivamente trabajados durante los últimos doce meses anteriores a la baja médica.

Cabe plantear si estas normas especiales prevalecen sobre las comunes de IT incluso en aquellos supuestos en que el trabajador haya sido contratado a tiempo parcial en que la fórmula de cálculo prevista es distinta, como se acaba de ver. Probablemente prevalezca la regulación del sistema especial sobre la común en trabajo a tiempo parcial, sean trabajadores del Régimen general o de regímenes especiales como minería del carbón y el mar (ver el art. 1 del RD 1131/2002).

No existe pago delegado de la IT ni siquiera durante los periodos de actividad sino que, como ya se señaló más arriba en la medida en que no se presta actividad por estar de baja por IT la obligación se traslada a la entidad gestora o colaboradora, salvo que estén percibiendo la prestación contributiva de desempleo en que el pago delegado lo lleva a cabo el Servicio Público de empleo.

Respecto de las demás prestaciones como la de IT derivada de accidente no laboral, de contingencias profesionales, así como Maternidad, Riesgo durante el embarazo, y riesgo durante la lactancia natural, no se prevén en el SETACA especialidades en la determinación de las bases reguladoras de las prestaciones.

Deberá seguir considerándose como situación asimilada al alta a efectos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia el desplazamiento al extranjero por razón de trabajo (art. 71 del Decreto 3772/1972) (arts. 24-7 y 4.7 del RD 295/2009).

En el Reglamento general del régimen especial agrario, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 diciembre se establecía que era condición indispensable para percibir la prestación económica que el trabajador se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad o el accidente no laboral, norma que reitera lo dispuesto en el art. 21 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio.

Es decir, la prestación económica por incapacidad temporal sólo se lucra si el hecho causante coincide con un período de actividad laboral pero no con uno de inactividad, siendo reiterada la jurisprudencia que en esta materia viene a declarar<sup>91</sup>. Era condición indispensable para percibir la prestación económica por IT que el trabajador se encontrara prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2003, 3 de octubre de 2005, 23 de abril y 6 de junio de 2007 y 26 de mayo de 2008<sup>92</sup> entienden que "la expresión encontrarse prestando servicios por cuenta ajena puede en principio entenderse referida a la efectiva prestación de servicios en el momento de sobrevenir la incapacidad temporal o más ampliamente a la mera vigencia de un vínculo laboral en ese momento. La primera de las interpretaciones es la correcta, siempre que no se entienda en un sentido físico de exigir que se esté realizando materialmente el trabajo en el momento de producirse la baja médica. Lo que el precepto pretende es que la cobertura de la incapacidad temporal se refiera a períodos de actividad laboral, en los que precisamente como consecuencia de esa incapacidad hay una imposibilidad de trabajo y la correlativa pérdida de salarios, que es lo que define la situación protegida.

También se planteaba como debía interpretarse el concepto de "hallarse prestando servicios" de manera que como se ha dicho. Excluía los periodos de inactividad antes o después de la temporada, incluso cuando no se hubiera iniciado ésta, o el mismo día<sup>93</sup>, salvo que se tratara de accidente *in itinere*. No se generaba derecho a la IT el día del llamamiento antes de iniciarse la prestación laboral<sup>94</sup>. No obstante, no debía interpretarse en sentido estricto de realización concreta de actividades, sino que incluiría también los de descanso semanal dentro de la temporada<sup>95</sup>.

Sólo si se hubiese iniciado durante la campaña se accedería a la misma con obligación de dar de alta en la Seguridad Social y pago delegado a cargo de la empresa (Resolución de 12 de febrero de 1979). Si continuara después, durante el periodo de inactividad, se seguiría percibiendo en este segundo caso como IT "técnica", si bien con una cuantía sensiblemente inferior (art. 4.1. b) del RD 1131/2002 de 31 de octubre) ya que se divide por los días naturales de los tres meses anteriores y no por días cotizados, ya que se va a

---

<sup>91</sup> STS 26 de mayo de 2003 (Rec. 2724/2002).

<sup>92</sup> STS 26 de marzo de 2003, (Ar.4372), 3 de octubre de 2005, (Ar, 8450), y 6 de junio de 2007, (Rec.568/2006).

<sup>93</sup> STS de 26 de junio de 2006, (Ar.8515) y TSJ Andalucía/Granada de 5 de noviembre de 2009.

<sup>94</sup> TS 3 de octubre de 2005 y 6 de junio de 2007. Vuelve a otro criterio TSJ Andalucía/Sevilla de 28 de mayo de 2009.

<sup>95</sup> TSJ Murcia 21 de septiembre de 2009.

abonar por días naturales, situación que no se da en caso de extinción del contrato donde la IT técnica sólo supone que cesa la obligación de cotizar, pero no se percibe en cuantía inferior. Otra cosa será que la cuantía lo sea por el juego de las relaciones entre IT y desempleo, supuesto en el que la IT técnica puede ser del 80 % del IPREM (art. 222.3 segundo párrafo de la LGSS).

Tras la integración de los trabajadores del REASS en el SETACA cabe plantear si debe seguir manteniéndose la consideración de que la situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral requiera para poder ser declarada que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad o se produzca el accidente común pues así se contemplaba como especialidad en el art. 51 LSA<sup>96</sup> o si se podrá acceder a la misma en periodo de inactividad, si el trabajador se mantiene dentro el sistema especial.

No es seguro que tras la creación del SETACA haya que seguir estando a estos mismos criterios que ligan la IT al periodo de actividad pues la normativa prevista que venga a regular el nuevo sistema especial no prevé algo similar al art.51 de la LSA. La ley 28/2011 dice que “durante los periodos de inactividad la acción protectora del sistema especial comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, y jubilación”, pero no exige expresamente que para acceder a IT tenga que estar prestando servicios. Además en el Régimen General esta finalidad de garantizar que la prestación responda a una efectiva pérdida de rentas salariales se logra con el requisito del alta, pues en las situaciones de baja no hay, por lo general, desarrollo de la actividad laboral, ni percepción de salario”. Pero al reanudarse la actividad aun cuando se esté en IT actividad y no sea factible prestar servicios la empresa está obligada a dar de alta al trabajador y cotizar por él.

### **C) Incapacidad permanente**

En cuanto a si se exige el requisito de estar al corriente de las cuotas en incapacidad permanente se produjo una cierta evolución jurisprudencial cuando los trabajadores agrarios por cuenta ajena estaban incluidos en el REASS. Así en un primer momento la jurisprudencia de la sala 4ª del TS<sup>97</sup> sostuvo una similar interpretación a la de la IT<sup>98</sup>.

Sin embargo, en doctrina posterior<sup>99</sup>, se produjo una flexibilización y atenuación del rigor de la jurisprudencia precedente y la sala se inclinó por la tesis de que no es necesario que el beneficiario para causar derecho a las prestaciones, se halle al corriente en el pago de las cuotas en la causante, con la consiguiente validez del ingreso de los descubiertos después de ocurrido aquél, siempre que se den ciertas condiciones. El giro se produce por la aplicación del art. 19 y 25 del Texto Refundido de la ley del régimen especial agrario que establece un principio de equiparación con el régimen general y con el de autónomos respectivamente. La jurisprudencia no exige tal requisito al menos de manera tan rotunda, sino que valora, de manera algo similar a como se establece en

---

<sup>96</sup> STS de 26 de mayo de 2003 (Réc.2724/2002).

<sup>97</sup> STS de 18 de septiembre de 1996, (Ar.7215).

<sup>98</sup> No se olvide que la propia STS de 14 de diciembre de 1992 (Ar.10079), se refería a un caso de invalidez permanente.

<sup>99</sup> A partir de la STS de 20 de noviembre de 1997 (Rec.775/1997, Ar.8612).

el régimen general, los incumplimientos y su importancia: si el periodo de carencia está cubierto, si los descubiertos de cuotas son expresivos o no de una voluntad permanente de incumplir o de separación del seguro, que cubra los descubiertos antes de concederse la prestación.

La cuestión es si tras la creación del SETACA cabe seguir sosteniendo esta interpretación jurisprudencial. Es cierto que se reafirma de una manera general y categórica el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas para acceder a las prestaciones económicas, sin distinción alguna, ni se excluyen expresamente las derivadas de incapacidad permanente. Pero también era así en el art. 46.2 del Decreto 3772/1972 cuando los agrarios por cuenta ajena estaban integrados en el REASS lo que no impidió la construcción jurisprudencial que se acaba de exponer. Por otra parte el legislador no ha corregido de manera clara y expresa tal interpretación modificando la normativa como ha hecho en innumerables ocasiones cuando no estaba de acuerdo con aquélla. Por todo ello cabe entender que probablemente los citados criterios jurisprudenciales seguirá siendo aplicables.

En caso de fijos discontinuos la base reguladora se forma con el salario diario cuantificado en función de los salarios percibidos por el trabajador durante los días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante (art.7.3 del RD 1131/2002)<sup>100</sup>.

Una cuestión de gran relevancia que se da en este sistema especial es si el **régimen de integración de lagunas** común resultará de aplicación una vez se integre el REASS en el SETACA. Es decir, si se les extenderá el régimen de integración de lagunas con base mínima de los arts. 140.4 a efectos de Incapacidad Permanente y del art.161.1.2 a efectos de Jubilación.

En cuanto a la aplicación del régimen de integración de lagunas tanto en Incapacidad permanente como en Jubilación a los trabajadores agrarios por cuenta ajena, en principio y como regla general no se aplicaba en el REASS (disp.ad. 8ª.2 de la LGSS a efectos de extender preceptos del Régimen General a los regímenes especiales no incluye el art. 140.4 de la LGSS ni el art. 162.1.2 a efectos de jubilación). Por otra parte el RD 1131/20002 (art. 7.1) no se aplica a trabajadores por cuenta ajena del REASS, excluidos de su ámbito de aplicación por el art.1, lo que afecta a los fijos discontinuos agrarios.

Tras la creación del SETACA a la hora del régimen de integración de lagunas cabía plantearse si la exclusión obedecía a la presencia de trabajadores por cuenta propia antes de la integración de estos en el SETA o también a la forma de cotizar en caso de trabajadores por cuenta ajena ya que de aplicarse la integración de lagunas con base mínima no acababa de encajar con la cotización durante los periodos de inactividad.

Al crearse el SETACA cabía pensar en una extensión de los preceptos citados de la LGSS al nuevo sistema especial y también del RD 1131/2002. Pero no ha sido así, sino que la normativa prevista parece más bien pensar que en los periodos de inactividad deben cubrirse mediante cotización en este sistema o por otras actividades y por ello se prevé que a efectos de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación respecto de los periodos cotizados en el mismo sólo se tendrán en cuenta los periodos efectivamente cotizados sin que resulte de

---

<sup>100</sup> STS de 25 de febrero de 2008 (Rec.4689/2006) y 21 de enero de 2010 (Rec.1265/2009).

aplicación el mecanismo de integración de lagunas de los arts. 140.4 y 162.1.2 de la LGSS.

Sólo cabrá, en su caso, la integración de lagunas cuando para determinar la base reguladora se tomen en cuenta periodos cotizados a otros trabajos en los que resulte aplicable o en los periodos de actividad entre campaña y campaña de otros sistemas especiales como los de frutas y hortalizas y conservas vegetales y manipulado y envasado de frutas y hortalizas. Pese a que la normativa que crea el SETACA intenta que en futuro puedan confluír en el mismo estos sistemas especiales el diverso régimen de integración de lagunas puede ser un obstáculo importante.

#### **D) Muerte y Supervivencia**

Con la creación del SETACA hay que seguir exigiendo el requisito general de estar al corriente del pago de las cuotas. Sin embargo, no se prevé que se esté al corriente cuando no tenga pendientes más de doce meses de cotización, a efectos del subsidio de defunción y no más de seis meses para las demás prestaciones, ni siquiera se contempla para esta posible especialidad una remisión a regulación reglamentaria como la del actual RSA.

Se exige estar en alta, pues la LRP sólo exime del requisito de estar en alta si se tiene suficiente cotización en las prestaciones de IP y Jubilación (STS 22 de febrero de 1994). Cabe compensar la falta de alta con la cotización de los 15 años como en el régimen general (tras las leyes 24/1997 y 50/1998).

#### **F) Jubilación**

La edad ordinaria de jubilación es a los 65 años o la que corresponda de acuerdo con la ley 27/2011.

Históricamente no ha existido jubilación anticipada a los 60 años, pues no se estableció en 1966 para el REASS un sistema similar al del Mutualismo laboral (OM de 18 de enero de 1967), hoy todavía vigente tras la Ley 26/1985<sup>101</sup> y normas posteriores.

Tampoco se extendió al REASS la nueva jubilación anticipada del art. 161.3 de la LGSS creada por el RDL 16/2001 y convertido en Ley 35/2002 (art. 3 y disp. final 1ª que incluye un nuevo apartado 3 en la disp.ad. 8ª de la LGSS)<sup>102</sup>.

La creación del SETACA supone la equiparación con los demás trabajadores del Régimen general y por tanto el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada del art. 161.bis 2 de la LGSS, tras la ley 27/2011. Esto es, en su nuevas dos modalidades, por crisis o voluntaria con los requisitos de edad (61 o 63 años) y carencia

---

<sup>101</sup> SSTs de 17 de febrero, 14 de junio y 4 y 28 de octubre de 1994 (Ar.2477, 5433, 9719), 23 noviembre de 1993, (Ar. 8938). En el mismo sentido las STS de 4 de marzo y 14 de junio de 1994 (Ar.2055 y 5433) y la STS de 28 de octubre de 1994 (Ar.9719), 27 de mayo de 1996 (Ar.4681) y 28 de noviembre de 2001 (Ar.986 de 2002).

<sup>102</sup> SSTs 17 de febrero, 14 de junio y 4 y 28 de octubre de 1994 Ar.2477, 5433, 9719). La STS de 23 noviembre 1993 (Ar. 8938) y STS de 17 de febrero de 1994 (Ar.2477). En el mismo sentido las STS de 4 de marzo y 14 de junio de 1994 (Ar.2055 y 5433) y la STS de 28 de octubre de 1994 (Ar.9719) y la STS de 27 de mayo de 1996 (Ar.4681).

(33 años cotizados a lo largo de la vida laboral, sin aplicación de la tesis de los días-cuota).

A estos requisitos comunes se le añade en la futura normativa del SETACA el específico de cierta carencia específica, cierto arraigo en el sistema especial, es decir, que en los últimos diez años cotizados, al menos, seis correspondan a periodos de actividad efectiva en este sistema especial, computando a estos efectos la percepción de prestaciones de desempleo de tipo contributivo, no con carácter general, sino sólo en este sistema especial. Ello dificultará el acceso a esta modalidad de jubilación en caso de fijos discontinuos y de eventuales que alternen trabajo y acceso a los subsidios asistenciales, subsidio agrario o renta agraria, en lugar de a la prestación básica. Es especialmente grave en caso de subsidios asistenciales de fijos discontinuos pues a la falta de derecho al subsidio de más de 52 años puede añadirse la dificultad de acceso a la jubilación anticipada. También cuando el trabajador en lugar de mantenerse en el SETACA por los periodos de inactividad cotizando a su cargo en los últimos diez años acumule periodos de exclusión del censo por haber realizados trabajos en otros sistemas o regímenes o por haber percibido prestaciones de desempleo derivados de los mismos pues de este modo acabarán perjudicándole dificultando la movilidad laboral. De otra parte, si bien las prestaciones de desempleo derivadas de actividades en el SETACA sí se consideran como de actividad en el mismo, como se verá más abajo, a efectos del cómputo de los citados seis años sólo se toman en cuenta las prestaciones contributivas.

Para el cómputo de los 30 años de cotización o de los que exija en cada momento la ley antes de la creación del SETACA cuando la jubilación no se genera en el REASS sino en otro régimen de Seguridad Social se computan las cotizaciones agrarias a efectos de alcanzar el periodo exigido para la jubilación anticipada, siempre que en virtud del cómputo recíproco el derecho a la jubilación no se generara en el citado régimen especial por tener ahí (en el REASS) la mayoría de cotizaciones. Era así porque en el REASS no se reconocía la jubilación anticipada. Tras la creación del SETACA deberán computar en ambos sentidos.

No se aplicaban los **incentivos a la prolongación de la edad de jubilación** más allá de los 65 años para trabajadores por cuenta ajena del art. 112 bis LGSS<sup>103</sup>. Ahora se entenderán aplicables en el SETACA.

Deberá adecuarse la exoneración de cuotas a las peculiaridades de cotización del régimen especial pues, de aplicarse mecánicamente, sólo se beneficiará el empresario, no el trabajador, principal obligado a cotizar en este régimen. Pero cuando no se den jornadas reales no se acaba de entender que siendo la cotización a su cargo no gocen de tal beneficio como los trabajadores por cuenta propia cuando estos ya se beneficiaban de la exoneración en virtud de lo establecido por la disp. ad.32ª de la LGSS.

De ahí que tras la creación del SETACA cabrá ya considerar que tales beneficios se extienden a trabajadores por cuenta ajena tanto para los periodos de actividad como de inactividad pues de otro modo se produciría una diferencia de tratamiento injustificable.

Cabe la **jubilación parcial y flexible** del art. 166 de la LGSS prevista con carácter general para todos los regímenes por la disposición adicional 8ª apartado 4 de la LGSS. El RD1131/2002 (art. 4 y disposición adicional 1ª) la ha extendido a los trabajadores por

---

<sup>103</sup> En un principio la disp. ad. 8ª .4 LGSS tras RDL 16/2001 no los excluía, pero sí la Ley 35/2002 de 12 de julio y el RD 1131/2002.

cuenta ajena del REASS. Y ahora habrá que entender que se les aplica ya no ya como agrarios por cuenta ajena del REASS sino en tanto integrados en el Régimen general (SETACA).

Cabe durante la jubilación **compatibilizar la pensión con labores agrarias** (art. 52 del RSA) siempre que no duren más de seis días laborables consecutivos ni más de un trimestre al año. Tales jornadas no darán lugar a la inclusión en el censo, aunque se cotizará por ellas. Así, de acuerdo con el artículo 52.2 del Reglamento del Régimen Especial Agrario, la pensión de vejez será compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional y sin que, en ningún caso, puedan llevarse a cabo durante más de seis días laborables consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre.

En la regulación del SETACA nada se contempla por lo que la cuestión deberá regularse a nivel reglamentario. En efecto la **disposición adicional séptima de la nueva ley** prevé que “el Gobierno determinará reglamentariamente, en un plazo de 6 meses, los términos y condiciones en los que la pensión de jubilación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios sea compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional”. Mientras tanto seguirá vigente la compatibilidad contemplada por el art. 52 del RSA ya que la disposición derogatoria de la nueva ley deroga el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, pero no el Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre.

#### **G) Desempleo**

Tras la creación del SETACA se mantienen las peculiaridades en materia de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura residentes en las citadas Comunidades. Tendrán derecho bien al subsidio de desempleo del RD 5/1997 y el art. 3 de la ley 45/2002, bien a la renta agraria regulada por el RD 426/2003.

Pero también la normativa del SETACA introduce algunas especialidades más bien técnicas o formales. Así:

- El cambio de expresiones como REASS que se sustituye por Régimen general y SETACA. Habría que añadir también la sustitución de la expresión “censo agrario” por inclusión en el sistema especial.
- El cambio de jornadas reales cotizadas por el de jornadas reales trabajadas mientras el trabajador se encuentra dentro del SETACA.
- El cómputo de las jornadas pues si se mantiene el alta todo el mes se toman en cuenta 23 jornadas lo que supone que a diferencia del sistema actual no parece que se incluyan en este caso las partes proporcionales de descanso semanal y festivos,
- El pago directo de la entidad gestora a la TGSS de la cotización incluida en la prestación.

Cabe plantear si algunos de los requisitos se mantienen como norma especial o si resultan afectados por las nuevas normas sobre inclusión o exclusión en el sistema especial. Así, por ejemplo:

- El de que la situación de inactividad en general o cuando no se realicen labores agrarias, pero sí otras actividades no agrarias, dará lugar a la baja en el censo cuando el trabajador agrario se dedique con carácter exclusivo e ininterrumpidamente a otras actividades no agrarias durante un periodo superior a seis meses naturales consecutivos (art. 45.1.4ª del RD 84/1996 tras el RD 807/2006, de 30 de junio).

-También el que se produzca la baja en el censo cuando no exista comunicación de la realización de jornadas reales en seis meses consecutivos (tras el RD 807/2006, de 30 de junio) y sin que durante los mismos el trabajador ingrese la cuota fija (se trata de dos requisitos acumulativos).

En tales supuestos habrá que tener en cuenta las reglas comunes de inscripción en el SETACA vistas más arriba según se trate de de nuevos trabajadores o de trabajadores actualmente inscritos en el censo del REASS que se incorporen al SETACA. Solo respecto de estos últimos es claramente exigible el citado requisito.

Lo mismo cabe decir respecto de otros requisitos como en los supuestos en que los trabajadores deban solicitar la baja y cese la obligación de cotizar en el REASS por las mensualidades completas y naturales en que hayan prestado servicios ininterrumpidos y en exclusiva en otro régimen de Seguridad Social y que cabrá su reanudación y la inscripción en el censo después de los seis meses o de las prestaciones posteriores que correspondieran sin necesidad de demostrar los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida (art. 45.5 del RD 84/1996 tras RD 807/2006 de 2006, de 30 de junio). No parece que tenga sentido el plazo de seis meses y tampoco se aplican con carácter general los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida. Salvo que se entiende que pervivan como norma especial a efectos de esta prestación.

Lo mismo cabe decir respecto del requisito de que el desempleado que no hubiera sido receptor del subsidio con anterioridad, deberá haber permanecido inscrito en el censo del REASS y en situación de alta o asimilada, con carácter ininterrumpido en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo (artículo 2.1.c) RD 5/1997)<sup>104</sup>.

También se suscitan algunas dudas sobre la forma de computar las jornadas reales trabajadas a efectos de estos subsidios. En la regulación actualmente vigente en cuanto el cómputo de las jornadas reales cotizadas en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo a efectos de reunir las 35, pues en la regulación actual no se limitan a las que menciona la futura normativa del SETACA ya que sólo contempla la jornadas reales trabajadas mientras el trabajador se encuentre dentro del SETACA mientras que en la regulación actual se asimilan:

- Las jornadas trabajadas en faenas agrícolas temporales en el extranjero siempre que el órgano competente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales haya visado el contrato de trabajo y certifique las jornadas realizadas. Esta podría entenderse dentro del SETACA en la nueva regulación.

- Las efectuadas al Régimen General con ocasión del trabajo prestado en empresas agrarias o bien en obras afectadas al programa de fomento del empleo agrario regulado

---

<sup>104</sup> Véase STSJ Andalucía/Granada, de 1 de octubre de 1997 (AS. 4315) y 7 de enero y 17 de junio de 1998. Para el cómputo de este periodo se aplica la “teoría del paréntesis” en caso de IT y Maternidad, siempre que las jornadas cotizadas a las que se retrotraiga no hubieran sido utilizadas para el nacimiento de un derecho anterior (disp. ad. 3ª del RD 5/1997).

en el RD 939/1997, de 20 de junio, durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la situación de desempleo<sup>105</sup>. Aquí se va más allá de la regulación prevista en el SETACA pues solo incluye estas últimas.

En cuanto al cómputo de las jornadas cotizadas se computan los días sin incluir partes proporcionales de descanso semanal y festivos, a diferencia de eventuales comunes y fijos discontinuos tras el RD 864/2006. En cambio, el coeficiente mencionado no se aplicará a las jornadas reales cotizadas que se exigen para obtener el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales del RD 5/1997 de 10 de enero, ni para obtener la renta agraria en favor de los citados trabajadores establecida por el RD 426/2003 de 11 de abril. Y este criterio se mantiene en la regulación del SETACA. Lo mismo cabe decir respecto de que a diferencia del subsidio de desempleo agrario común de eventuales no se aplique el cómputo recíproco de periodos de ocupación cotizada con otros regímenes que tengan previsto cotizar por desempleo para la obtención de la prestación (disp. trans. 3ª RD 5/1997).

Puesto que los eventuales pueden realizar jornadas de trabajo que tanto pueden dar lugar a la prestación común o bien, en su caso, al subsidio especial o la renta agraria de Andalucía y Extremadura, las propias jornadas reales cubiertas en el SETACA sirven para el acceso al subsidio agrario o a la renta agraria hasta donde sean necesarias, incluidas las realizadas en el extranjero, reservándose las restantes para futuros derechos, como el establecido en la Ley 45/2002. Pero no al revés, esto es las cotizaciones por jornadas reales que hayan sido computadas para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo de carácter general no podrán computarse para poder en su caso acceder al subsidio agrario de Andalucía y Extremadura del RD 5/1997, esto es sin la reserva de las que no resulten necesarias (art. 4.6 de la Ley 45/2002). Cabe seguir manteniendo estas especialidades dado que el subsidio especial o renta agraria de Andalucía y Extremadura se seguirá rigiendo por sus propias normas.

El reconocimiento y la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo implicarán la permanencia en el SETACA, como venía ocurriendo en el censo agrario del REASS.

En caso de trabajadores agrarios tanto fijos como eventuales se excluyen el propio titular de explotación agraria y los familiares del titular, aunque respecto de estos últimos cabe demostrar el carácter laboral de su relación y por tanto en tal caso tendrían derecho (art. 4.1. 2). a) de la Ley 45/2002 frente a la redacción inicial del RDL 5/2002). No se incluyen los hijos menores de 30 años que tengan contrato laboral aunque convivan y dependan económicamente del titular de la explotación agraria (ley 18/2007). Tales reglas no se ven afectadas por la creación del nuevo sistema especial.

## **XVI.SOCIOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES LABORALES**

Como se señalaba en la Memoria de CONFESAL para la reforma de la Ley de Sociedades Laborales de 1997 la propia definición de la sociedad laboral como

---

<sup>105</sup> La disposición adicional 3ª de la Ley 45/2002 excluye de la participación en programas de fomento del empleo para la realización de obras y servicios de interés general y social (del AEPSA) a los beneficiarios de este subsidio mientras existan campañas agrícolas a las que los mismos puedan acceder por tratarse de empleo adecuado.

integrada por trabajadores con contrato por tiempo indefinido, nos sitúa, dentro del Régimen de trabajadores por cuenta ajena (Régimen General o especial que corresponda) (art.21 de la ley 4/1997). No obstante, la regulación del encuadramiento establecido por la legislación posterior que procedió a modificar la ley 4/1997 en materia de Seguridad Social ha introducido matizaciones que han roto, de hecho, este principio general que corresponde a la naturaleza de las Sociedades Laborales.

La forma de regular el encuadramiento de los trabajadores socios en las sociedades laborales ha repercutido en un aspecto fundamental en su régimen interno, la participación de éstos en las tareas de administración y gestión de la empresa.

Cuando la Ley de acompañamiento de los presupuestos generales del estado para 1998 (ley 67/1997 de medidas fiscales, administrativas y sociales) modificó el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los trabajadores socios que ejercían tareas de administración, aun sin percibir retribución por ello, se generó un grave inconveniente para la participación de los trabajadores socios en la gestión de la sociedad, ya que obligaba a éstos a cambiar el encuadramiento en la Seguridad Social pasando del Régimen General o especial que corresponda al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o de trabajadores por cuenta propia de que se trate, introduciendo un cambio en los derechos y en las coberturas sociales y sanitarias, casi siempre de carácter temporal, durante el periodo de desempeño de su cargo como administrador o miembro del consejo de administración. Esta circunstancia disuadía de participar en la gestión, pues los demás socios trabajadores disfrutaban de la cobertura del régimen general mientras que ellos, además de asumir responsabilidades añadidas, veían como la cobertura en materia de protección social disminuía (prestaciones temporales, desempleo, FOGASA, pensiones). La normativa establecía una dualidad de cotizaciones y de derechos que desmotivaba gravemente la deseable y conveniente posibilidad de participación de todos los trabajadores socios en la gestión de la empresa, a través la pertenencia a su órgano de administración.

El efecto fue tremendamente nocivo, y sólo se volvió a restablecer una cierta normalidad cuando se modificó la citada normativa por la Ley 50/1998 de medidas fiscales, administrativas y sociales, que ha dado lugar a la redacción del artículo 21 de ley 4/1997 de Sociedades Laborales antes de la ley 27/2011. Pero no resolvió del todo el problema de encuadramiento pues los administradores, dotados de delegación de poderes de carácter solidario se encuadraban como “asimilados” en el Régimen General”, es decir, sin derecho al desempleo ni a la cobertura del FOGASA.

Así pues, los administradores y gerentes de sociedades laborales de la ley 4/1997, necesariamente vinculados a la vez por una relación laboral común o especial, dadas las características de la Sociedad o cuando, simultáneamente, para el ejercicio del cargo, estén vinculados a la misma mediante relación laboral especial de alta dirección se encuentran en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, pero sin protección plena. No obstante, los administradores sociales, si no son retribuidos por el desempeño del cargo, siempre que tal retribución no derive indirectamente de su relación laboral de alto cargo, en su caso, gozan de una protección plena. Así pues no se les reconoce el derecho a la prestación siempre que no sean retribuidos por tales funciones o

indirectamente mediante una relación laboral especial de alto cargo<sup>106</sup>. Salvo que su encuadramiento se deba llevar a cabo en el régimen de autónomos por detentar el control efectivo de la sociedad.

Se reconocía la prestación por desempleo cuando el socio trabajador siendo a su vez Consejero Delegado (cargo respecto del que no consta retribución), percibe remuneración propia, como socio trabajador. Se reconoce tal derecho argumentando que la inclusión o exclusión del trabajador socio gestor de una sociedad, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad, de manera que si realizaba trabajos laborales de naturaleza común con singularidad propia y específica no queda excluido. Según la STS de 17 de mayo de 1999 (Rec. 3046/1998) si existe una relación laboral debe primar sobre las funciones de decisión y gerencia que no tienen entidad suficiente para absorber la actividad laboral del socio trabajador para negar el carácter de ajenidad respecto a la empresa -Sociedad Laboral- para los que trabajan al no constar que aquellos, fuesen retribuidos. Es decir, se interpreta sensu contrario el apartado 2 a) del artículo 21 pues según la nueva redacción sólo excluye de aquella protección a los socios trabajadores "cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente a la misma mediante relación laboral común o especial".

Pese a ello la Proposición de ley de sociedades laborales realizada por la misma Confederación empresarial de sociedades laborales de España (CONFESAL) de 3 de marzo de 2009 proponía la modificación del art. 21 en el sentido de que los socios trabajadores de las sociedades laborales, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, y perciban o no retribución por el ejercicio de las mismas, disfrutaran de todos los beneficios de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que correspondan en función de su actividad, así como de la protección del Fondo de Garantía Salarial.

**En la tramitación de la ley 27/2011 se ha recogido en parte esta demanda de las Sociedades laborales** (Disposición Adicional 47) de manera que **los socios trabajadores de las sociedades laborales, de hasta 25 trabajadores**, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

La ley 27/2011 viene por tanto a dar respuesta a una de las principales demandas del sector, que hace referencia al encuadramiento de los socios trabajadores de las sociedades laborales, si bien sólo en pequeñas empresas que, por otra parte, son la mayoría en el sector. Se trata de mantener el encuadramiento en el régimen general de Seguridad Social o de trabajadores por cuenta ajena que corresponda, según la actividad, sin merma de la protección en razón de las especialidades de las Sociedades Laborales.

---

<sup>106</sup> Incluso antes de la citada reforma ya se reconocía por la jurisprudencia (STS de 17 de mayo de 1999, Rec.3046/1998, que corrige la STS de 14 de mayo de 1997, y STS 17 de febrero de 2009, Rec. 739/2008).

La disposición adicional 47<sup>a</sup> de la ley 27/2011 viene, por tanto, a modificar, aun sin mencionarlo el art, 21 de la ley 4/1997. Y en concreto a sus números 1 y 2. No creemos que afecte al número 3 (participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por ciento, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares). No obstante, hubiera sido conveniente proceder a una nueva redacción de todo el precepto.

No obstante, tras la ley 27/2011 se plantea la cuestión de si se mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes mencionada sobre la prestación de desempleo de los socios que lleven a cabo funciones de gerencia y administración siempre que no sean retribuidos, como un derecho añadido en sociedades laborales de más de 25 socios trabajadores. Nuestra interpretación es que sí, dada la finalidad de la norma de mejorar la protección social existente con anterioridad a la ley 27/2011. No tendría justificación reconducir esa jurisprudencia a la nueva situación legal que reconoce un derecho nuevo, aun reducido a empresas de menos de 25 trabajadores, sean los administradores retribuidos o no, desempeñen o no funciones directivas, ya que la ley no distingue. Luego en las de más de 25 cuando desempeñen tales funciones y no sean retribuidos por las mismas habrá que seguir aplicando la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo.

## **XVII.PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS Y COMPETENCIAS DE LAS CCAA**

Según el artículo 145 de la LGSS la cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. También se establecía en el art. 145.2 en su redacción anterior a la ley 27/2011 que las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 % del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 147. Lo establecido en el art. 145 se aplica también a la pensión de jubilación no contributiva ya que el art. 168 de la LGSS remite al mismo.

Este artículo se refiere a que las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán 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. Sin embargo, dentro de ciertos límites, pues en el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 % del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples

(IPREM). Esta reducción no afectará al complemento previsto en el apartado 6 del art. 145 de la LGSS (para supuestos de gran minusvalía).

Lo establecido en el art. 145 se aplica también a la pensión de jubilación no contributiva ya que el art. 168 de la LGSS remite al mismo.

Cabe destacar que, mientras que el percibo de la pensiones contributivas es compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI en cómputo anual, en las no contributivas no se limita a ingresos derivados de trabajos por cuenta propia sino a ingresos derivados de cualquier actividad que se desarrolle y además no es el SMI, sino el IPREM. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 % del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

La relación entre las pensiones de invalidez y de jubilación no contributiva y la obtención de rentas o ingresos afecta indirectamente a las posibilidades de mejora de estas pensiones a cargo de las Comunidades Autónomas.

El problema se ha producido al establecer algunas Comunidades Autónomas **mejoras a las cuantías de las pensiones no contributivas** establecidas por el Estado, tema sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional admitiendo esta posibilidad (STC 239/2002 de 11 de diciembre). Para el Tribunal Constitucional se trata de medidas de asistencia social que vienen a complementar las prestaciones del Estado, ante una situación real de necesidad sin interferir en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social ni en su régimen económico. El TC dice finalmente que el Estado siempre podrá adoptar al amparo de los títulos competenciales las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en dicho sistema como consecuencia de la acción normativa de las Comunidades Autónomas.

El Estado ha reaccionado y la ley 52/2003 de 10 de diciembre de medidas específicas de Seguridad Social ha procedido a definir el concepto de prestación de la Seguridad Social en un sentido muy amplio modificando los arts.2 y 38.4 de la LGSS. Se afirman los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad y se define como prestación que forma parte del sistema de la Seguridad Social “cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar, o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva”.

No obstante, la Ley 4/2005 de 22 de abril ha matizado el concepto y añade al art.3.4 un segundo párrafo en el que indica que “lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que en el ejercicio de sus competencias puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

También era discutible desde el punto de vista constitucional en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma que el Estado tomara en cuenta las citadas mejoras de prestaciones como ingresos incompatibles para el otorgamiento de sus propias pensiones no contributivas como llevó a cabo el 145.2 de la LGSS tras la ley 8/2005 de 6 de junio, frente a la ley 4/2005 de 22 de abril que, al menos, salvaba un 25

% de exceso de la propia pensión no contributiva, con lo que permitía a la Comunidad Autónoma mejorar hasta el citado porcentaje.

**Tras la ley 27/2011 el citado porcentaje se eleva al 35%.**

Lo mismo cabe decir si las ayudas complementarias provienen de los entes locales.

## **XVIII.CUIDADOS DE MENORES AFECTADOS DE CANCER O ENFERMEDAD GRAVE Y EBEP**

La disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, ha modificado varios preceptos del texto refundido de la LGSS y, al mismo tiempo, ha añadido también un nuevo artículo 135 quáter en la referida Ley, todo ello con la finalidad de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social, incorporando en el ordenamiento jurídico de la protección social una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. La LGSS ha sido desarrollada en este punto por el RD 1148/2011, de 29 de julio.

**Por la ley 27/2011 se añade un nuevo apartado al artículo 135 quáter de la LGSS,** mediante la cual el citado artículo y su reglamento de desarrollo, no es aplicable a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y de la normativa que lo desarrolle.

Y es que establece **una regulación propia en el art.49 e) del EBEP añadido por la ley 39/2010 (disp. final primera bis) que** introduce las siguientes diferencias con el régimen laboral :

-Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, **siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen.** Esta condición o requisito no estaba prevista en la redacción anterior del EBEP. También es así en el art. 135 quáter de la LGSS.

-Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, **por el mismo sujeto y hecho causante,** las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el derecho a su disfrute sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

En la redacción anterior no se distinguía, lo que podía llevar a una interpretación al absurda, es decir, su incompatibilidad también cuando fueran distintos los sujetos y el hecho causante. Y esa es la que sigue vigente en el art. 135 quáter de la LGSS (“Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos”).

No hubiera estado de más que la ley 27/2011 hubiera modificado también en este punto la LGSS.

Se precisa el régimen de retribuciones a que da lugar la reducción de jornada. Es decir, y de manera similar al tratamiento que se da al permiso del art. 48. i)<sup>107</sup>, pese a la reducción de jornada sigue percibiendo sus retribuciones íntegras lo que no ocurre para los trabajadores a los que se aplica el art. 135 quáter de la LGSS, es decir, los laborales del sector privado a los que no se aplica el EBEP. Recuérdese que el artículo 51 del EBEP sobre jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral establece que se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente.

El funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones.

Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

No se acaba de entender que, al menos, no haya una remisión en cuanto al listado de enfermedades al RD 1148/2011 de 29 de julio pues e videntemente no pueden ser distintas para funcionarios y laborales. El art. 49 e) del EBEP se limita a mencionar algunas como cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) y luego establece una clausula general (cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años) que necesariamente precisa de desarrollo reglamentario, pese a que con defectuosa redacción técnica no se contemple más que para “las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas”.

## XIX. OTROS TEMAS CONTEMPLADOS POR LA LEY 27/1011

1. La ley 27/2011 regula otras materias importantes, si bien de manera muy genérica y remitiendo a otras leyes que se elaboraran en el futuro o a normas reglamentarias. Así:

-La disposición adicional séptima que prevé la creación de una **Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social** y la elaboración de su Estatuto que incorpore

---

<sup>107</sup> Cuando sea preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.

en un solo organismo las entidades gestoras y colaboradoras actuales, salvo los SEPE y la asistencia sanitaria y los regímenes especiales de funcionarios.

-La Disposición adicional vigésima sexta sobre **obligaciones de la Administración de la Seguridad Social e información a los trabajadores** sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria prevista en el artículo 161.1 de la presente Ley, a partir de la edad y con la periodicidad y contenido que reglamentariamente se determinen. Y también se adiciona un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 104 de la LGSS de manera que **el empresario** en la **nómina** informe a los trabajadores de la cuantía total de la cotización a la Seguridad Social indicando, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 103, la parte de la cotización que corresponde a la aportación del empresario y la parte correspondiente al trabajador, en los términos que reglamentariamente se determinen.

-Se añade un nuevo apartado 2, pasando a numerarse como 3 el actual apartado 2, en la Disposición adicional vigésima quinta de la LGSS en el sentido de que en caso de **actuación por medio de representante**, la representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente. A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración de la Seguridad Social para determinados procedimientos. Este nuevo apartado no hace más que reproducir el art. 32 de la ley 30/1992, añadiendo algunas precisiones.

- Se introduce también una nueva Disposición adicional, la sexagésima, en la LGSS para **transformar en días** los plazos fijados para el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones.

-También se prevé (disposición adicional decimocuarta) **una reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas** de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, con arreglo a una serie de criterios y finalidades, que son los actuales, si bien añadiendo nuevos derechos de participación y control y sus ámbitos. En la participación en los órganos de supervisión y control se incluyen también las asociaciones profesionales más representativas de los trabajadores autónomos.

-Cotizaciones efectuadas por **personal subsahariano de empresas españolas**, antes de la retirada del Sahara Occidental (Disposición adicional cuadragésima segunda).

- Protección social de los **actores de doblaje** (Disposición adicional cuadragésima novena) y sus problemas de encuadramiento. Problemas derivados de una jurisprudencia que los incluye en el Régimen general aun cuando aparentemente sean “free lance”, si se dan las notas de ajenidad y dependencia, pese a que no trabajen en exclusiva y pese a que existan derechos de autor<sup>108</sup>. No parece que en materia de Seguridad Social se dé, por tanto, un vacío regulador, sino un cambio en las prácticas que en materia laboral o profesional llevaban a cabo habitualmente las empresas que contratan a los actores de doblaje con las repercusiones correspondientes en materia de Seguridad Social.

---

<sup>108</sup> STS 16 y 19 (3) de julio de 2010 (Rec.3391/2009, 1623/2009, 2233/2009, 2830/2009, 5 y 6 de octubre (Rec.1766 y 2010/2009) y 24 de noviembre de 2010 (Rec.191/2010).

-Cómputo, a efectos de Seguridad Social, del **periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria** (Disposición adicional vigésima octava). Presentación de un proyecto de ley reconozca estos periodos como cotizados con carácter general toda vez que pueden haber supuesto la interrupción de las carreras de cotización. Es decir, se trata de ir más allá de su cómputo actual limitado a la jubilación anticipada a propósito del art. 161 bis. de la LGSS y sólo a efectos de la cotización requerida para acceder a la misma. Recuérdese que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha extendido ese cómputo a otros supuestos<sup>109</sup>.

-Estudio para la **delimitación del umbral de pobreza y reordenación integral de las prestaciones no contributivas** (Disposición adicional vigésima primera).

-Pensiones de **unidades económicas unipersonales** (Disposición adicional decimotercera). Se faculta al Gobierno para reforzar, desde la vertiente no contributiva, las pensiones de los mayores que viven en unidades económicas unipersonales, sin hacer distinciones por razón de la contingencia protegida. Es decir más allá de la prestación especial, un complemento para vivienda, aplicable a las pensiones no contributivas de pensionistas que vivan solos y que, por carecer de vivienda habitual propia, deban pagar en régimen de alquiler su residencia habitual<sup>110</sup>.

-**Redacción de un nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social** (Disposición adicional vigésima quinta). Se faculta al Gobierno para que, en un plazo de dos años, elabore un nuevo Texto Refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales vigentes en materia de seguridad social.

-**Información presupuestaria de la Seguridad Social** (Disposición adicional vigésima segunda). Se trata de mejorar el tratamiento presupuestario de los recursos de la Seguridad Social que favorezcan su control parlamentario.

- Desarrollo reglamentario de la **Hipoteca inversa** (Disposición adicional cuadragésima tercera), es decir, de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia.

- **Seguros de dependencia** de la Ley citada 41/2007 (Disp. ad. 2ª). Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Disposición final novena). Añade un penúltimo párrafo al apartado 5 del artículo 51 y 52 y disp. ad. 16ª precisando las cuantías de las primas satisfechas por la empresa en virtud de estos contratos de seguro a efectos fiscales (5.000 euros anuales).

---

<sup>109</sup> STS 17 de septiembre de 2010, (Rec. 4555/2009), 23 de noviembre de 2009, (Rec.1152/2009), STS 3 de diciembre de 2010, (Rec.1444/09), 9 de noviembre de 2009, (Rec.1099/09).

<sup>110</sup> Art. 40.2 de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre y RD 1400/2007 de 29 de octubre y Ley 2/2008 de 23 de diciembre, art.42.Dos, RD 1371/2009, de 13 de agosto modifica el RD 1400/2007, de 29 de octubre y art. 44 Dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre y por el RD 1794/2010, de 30 de diciembre.

- **Patrimonio de la Seguridad Social y deudas con las instituciones sanitarias** (Disposición adicional trigésima octava). Adopción de medidas normativas necesarias para cancelar, en un plazo de 10 años, en el balance patrimonial de la Seguridad Social los préstamos concedidos por el Estado para compensar las insuficiencias de financiación del INSALUD producidas en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado previas a la separación de fuentes de financiación. Como resultado de esta separación. La Administración de la Seguridad Social entregará en pago de dichos préstamos a la Administración General del Estado exclusivamente sus edificios y equipamientos afectos a fines de asistencia sanitaria y de servicios sociales, con excepción de aquellos que estén utilizando en la actualidad las Mutuas y el Instituto Social de la Marina.

-**Deudas con la Seguridad Social de instituciones sanitarias cuya titularidad ostenten las Administraciones Públicas o instituciones sin ánimo de lucro** (Disposición adicional quincuagésima). Debe elaborarse un Informe que contenga propuestas concretas para resolver la situación de la deuda sanitaria recogida en la disposición adicional trigésima de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1995, y que desde entonces ha sido objeto de reiteradas prórrogas en las sucesivas Leyes de Presupuestos y decretos-ley de prórroga presupuestaria. La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995 (ley 41/1994 de 30 de diciembre) concedió un aplazamiento de diez años con tres de carencia para el pago de la deuda de cuotas de la Seguridad Social a los hospitales que mantienen concierto estable con la sanidad pública. Este período de carencia fue ampliado en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado en los años 1998 a 2011, que llega en la actualidad a 17 años, manteniéndose esta situación de insuficiencia financiera en la actualidad. Se trata de dar una solución definitiva a este problema financiero que lastra los balances de las entidades afectadas y de ejecutarse provocaría el inmediato cierre de la mayoría de estas sociedades.

-**Modificación del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones** (Disposición final tercera).

- Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 7 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Afecta a la comisión de control del plan de pensiones de empleo, y a su composición (representantes y forma de designarlos).
- También se modifica el párrafo primero de la disposición adicional primera y la letra a) del párrafo cuarto de la disposición adicional primera del mismo Texto Refundido para incluir **los seguros colectivos de dependencia**.
- Información sobre las políticas de inversión de los planes y fondos de pensiones (Disposición final undécima). Se modifica el art. 14 (se adiciona el n.7) del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, según el cual la comisión de control del fondo de pensiones, con la participación de la entidad gestora, elaborará por escrito una declaración comprensiva de los **principios de su política de inversión**. A dicha declaración se le dará suficiente publicidad. En esta declaración, en el caso de fondos de pensiones de empleo, se

deberá mencionar si se tienen en consideración, en las decisiones de inversión, **los riesgos extrafinancieros** (éticos, sociales, medioambientales y de buen gobierno) que afectan a los diferentes activos que integran el fondo de pensiones debiendo dejar constancia en el informe de gestión anual del fondo de pensiones de empleo de la política ejercida en relación con estos criterios, así como del procedimiento seguido para su implantación, gestión y seguimiento.

- La disposición adicional vigésima sexta que contempla obligaciones de la Administración de la Seguridad Social y **derecho a la información** se extiende también a los instrumentos de carácter complementario o alternativo que contemplen compromisos por jubilación tales como Mutualidades de Previsión Social, Mutualidades alternativas, Planes de Previsión Social Empresariales, Planes de Previsión Asegurados, Planes y Fondos de Pensiones y Seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas. La información deberá facilitarse con la misma periodicidad y en términos comparables y homogéneos con la suministrada por la Seguridad Social. Ya está prevista en el Texto Refundido y especialmente en el Reglamento de desarrollo (arts. 34 y 99 del RD 304/2004, de 20 de febrero).

-Estudio sobre el desarrollo de la **previsión social complementaria** (Disposición adicional decimonovena).

## **XX. ENTRADA EN VIGOR DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY 27/2011**

Veamos ordenadamente las fechas de entrada en vigor de los diversos preceptos de la ley 27/2011 tal como se establece en su disposición final duodécima.

### **1. Entrada en vigor el día de la publicación de la ley 27/2011 en el BOE (2 de agosto de 2011).**

Las disposiciones adicionales siguientes:

Disposición adicional primera. *Pensión de orfandad.*

Disposición adicional segunda. *Modificación en materia de convenios especiales.*

Disposición adicional tercera. *Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación.*

Disposición adicional séptima. *Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.*

Disposición adicional decimocuarta. *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.*

Disposición adicional decimoquinta. *Cotización a la Seguridad Social de trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio.*

Disposición adicional decimosexta. *Expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios.*

Disposición adicional decimoséptima. *Prestación de servicios domésticos a través de empresas.*

Disposición adicional vigésima segunda. *Información presupuestaria de la Seguridad Social.*

Disposición adicional vigésima tercera. *Actualización de los coeficientes reductores de la edad de jubilación*

Disposición adicional trigésima. *Pensión de viudedad a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública.*

Disposición adicional trigésima primera. *Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación.*

Disposición adicional trigésima segunda. *Compensación por la suspensión de la revalorización de las pensiones.*

Disposición adicional trigésima tercera. *Cotizaciones adicionales de los trabajadores autónomos.*

Disposición adicional trigésima quinta. *Sacerdotes y religiosos secularizados*

Disposición adicional trigésima sexta. *Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.*

Disposición adicional trigésimo séptima. *Compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo.*

Disposición adicional trigésima novena. *Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.*

Disposición adicional cuadragésima segunda. *Cotizaciones efectuadas por personal saharauí de empresas españolas, antes de la retirada del Sahara Occidental.*

Disposición adicional cuadragésima quinta. *Tipo de cotización para trabajadores del sector agrario integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.*

#### **Las disposiciones finales siguientes:**

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.*

Disposición final tercera. *Modificación del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.*

Disposición final quinta. *Título competencial.*

Disposición final sexta. *Disposiciones de aplicación y desarrollo.*

2. El Gobierno, por medio de Real Decreto, podrá modificar la redacción que la disposición adicional decimoctava da al artículo 3 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100.

Disposición final séptima, apartados uno, dos, tres, cuatro y cinco

Uno. La colaboración con el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social,

Dos. Se añade un nuevo apartado al artículo 135 quáter de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

«Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle.»

Tres. Se da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 145 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Compatibilidad pensiones no contributivas y rentas o ingresos

Cuatro. Se añaden dos nuevos apartados 2 y 3, pasando el actual apartado 2 a numerarse como apartado 4, en la Disposición adicional decimoséptima bis de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Beneficiarios de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social cuyo disfrute se encuentre condicionado a la residencia efectiva en España y comparecencia.

Cinco. Se añade un nuevo apartado 2, pasando a numerarse como 3 el actual apartado 2, en la Disposición adicional vigésima quinta de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Actuación por medio de representante.

## **2. Entrada en vigor el 1 de enero de 2012:**

.Disposición adicional decimoctava. *Anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.*

Disposición adicional cuadragésima. *Adaptación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.*

## **3. Entrada en vigor el 1 de enero de 2014.**

El apartado Tres del artículo 3

Art.3. Incapacidad Permanente

Tres. Se añade un apartado 3 al artículo 141, con la siguiente redacción:

«3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley.»

#### **4. Entrada en vigor el día 1 de enero de 2013**

Los demás preceptos de la ley.

Las fechas de entrada en vigor no presentan desajustes pues, si bien la disp. ad. 39ª sobre integración en el régimen General de la Seguridad Social de los empleados de hogar entra en vigor el día 2 de agosto y la disp. ad. 40ª sobre adaptación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social el 1 de enero de 2012, lo cierto es que la disp. ad. 39ª fija como fecha de eficacia de la integración la misma que la disp. ad. 40ª para la adaptación, esto es, el 1 de enero de 2012.

Mientras que la disposición adicional trigésima primera (complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación) entra en vigor el día 2 de agosto de 2011, sin embargo, la misma regulación para incapacidad permanente (art.3. apartado 3 de la ley 27/2011) entra en vigor el día 1 de enero de 2014.

De otra parte la entrada en vigor de un precepto no quiere decir que tenga inmediatamente contenido normativo sino que puede simplemente prever un estudio o un desarrollo reglamentario.

Sobre la aplicación de la regulación anterior de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones nos remitimos al tratamiento de esta cuestión en el capítulo correspondiente.

## **XXI. EL RDL 3/2012 Y LA SEGURIDAD SOCIAL**

Aun cuando el RDL 3/2012 se refiere a medidas urgentes de reforma del mercado laboral la modificación de ciertos aspectos de la regulación del mismo indirectamente afectan a la Seguridad Social. Así podemos mencionar los siguientes:

### **1. LAS BONIFICACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PROGRAMAS DE FOMENTO DEL EMPLEO**

El art. 4 del RDL 3/2012 dentro del fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo crea una nueva modalidad contractual, que es el *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*.

Tiene por objeto facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, Solo lo pueden celebrar las empresas que tengan menos de 50 trabajadores. Probablemente hay que entender incluidos también lo autónomos y empresarios que no cuenten con ningún trabajador en plantilla. El RDL dice más adelante en las bonificaciones que podrán ser beneficiarios de las bonificaciones establecidas en este artículo las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. Debería decirlo asimismo haberlo dicho en cuanto a los beneficios fiscales.

El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.

Ya se señaló que el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del ET, que será de un año en todo caso.

No se exigen requisitos específicos a los trabajadores, salvo por cautelas previstas para evitar el “efecto sustitución”. En efecto no podrá concertar este contrato de trabajo, **la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.** Pero no se hace referencia a la extinción de contratos temporales. Cabría celebrarlo por tanto con trabajadores que ya hubieran estado ya contratados previamente mediante contratos temporales. Cabe plantear si cabe en este programa incluso la transformación de contratos temporales. Nada parece impedirlo salvo que se incurra en fraude de ley. De ser así, habrá que tenerlo en cuenta en relación con la viabilidad, duración y extinción del contrato durante el periodo de prueba. Y quizás también a efectos del derecho a los beneficios del programa. No hay blindaje frente a posibles reclamaciones del trabajador en caso de conversión de temporales en esta modalidad a diferencia de los CFCI en la ley 35/2010.

La empresa tendrá derecho a aplicar **incentivos fiscales y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social**. En estos contrataros a las ventajas e incentivos ya señalados se añaden las siguientes **bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social** si por parte de las empresas antes citadas se contrata a desempleados inscritos en la Oficina de empleo que se incluyan dentro de los siguientes colectivos:

a) **Jóvenes entre 16 y 30 años**, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

b) **Mayores de 45 años**, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

A efectos de las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social el colectivo de parados de larga duración solo se contempla si se trata de mayores de 45 años, no como tales independientemente de la edad.

Podrán ser beneficiarios de las bonificaciones establecidas en este artículo las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Para evitar el efecto sustitución se establece que no podrá concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

Para la aplicación de los incentivos anteriormente referidos (fiscales y de seguridad social), se exige el requisito de mantenimiento del trabajador contratado bajo esta modalidad en el empleo. El empresario deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro.

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

En tal caso en que no se mantiene en el empleo al trabajador no se contempla, como hubiera sido razonable una obligación de sustitución del trabajador por otro al menos a efectos del disfrute de los beneficios fiscales.

Tampoco se exige el mantenimiento del empleo de la plantilla durante esos tres años, sino sólo del trabajador, por lo que su reducción durante los tres años no parece que afectara a los beneficios obtenidos por este contrato. Quizás habría que haber introducido una cautela similar para evitar el efecto sustitución posterior a la contratación.

Nada se establece **si el trabajador ve resuelto su contrato por no superación del periodo de prueba**. De un lado no encaja en ninguno de los supuestos en que no se considera incumplida la obligación. Pero por otro lado, el periodo de prueba permite resolver el contrato de trabajo libremente. Finalmente el requisito de mantenimiento afecta tanto a los beneficios fiscales como a las bonificaciones de Seguridad Social de todo el periodo. Cabría pensar que la empresa se viera obligada a sustituir al trabajador cuyo contrato se ha resuelto por una nueva contratación de manera que la empresa mantenga el empleo aunque no al trabajador contratado, pero el tenor literal del RDL es que se refiere al mantenimiento del trabajador.

Por otra parte la contratación puede realizarse sin acogerse a las deducciones fiscales ni a las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación.

Se regulan de nuevo las **bonificaciones de cuotas por transformación de contratos de formación o aprendizaje, en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos** (art.7).

Las empresas que transformen en indefinidos **contratos en prácticas, de relevo y de sustitución** por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años.

En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

En lo no previsto en esta disposición, será de aplicación lo establecido en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Las empresas que transformen en contratos indefinidos **los contratos para la formación y el aprendizaje**, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500

euros/año, durante tres años, o sea el doble que la transformación de contratos de prácticas. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.

Los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional.

Quizás falte cierta coordinación entre este precepto y la ley 27/2011, que suprime la jubilación a los 64 años y consiguientemente el contrato de sustitución.

El RDL en su disposición derogatoria *ha derogado* el art 4.2 de la ley 43/2006, esto es el programa de **bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades**. Se trata de los contratos de trabajo de carácter indefinido de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo darán derecho, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo.

En cuanto a las **bonificaciones en contratos vigentes** el RDL 3/2012 (Disposición transitoria segunda) establece que las bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación o reducción.

## II. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Tras el art.5 del RDL 3/2012 los trabajadores a tiempo parcial **podrán realizar horas extraordinarias**. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada.

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado uno de este artículo.

Al no distinguir la ley pueden realizar horas extraordinarias los trabajadores a tiempo parcial con contratos indefinidos pero también los que tengan contrato temporal, cuando estos en cambio no pueden realizar horas complementarias.

La disposición final novena del RDL 3/2012 regula la forma de cotización de las horas extraordinarias en los contrato de trabajo a tiempo parcial.

Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial, sean o no por fuerza mayor, **computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones tanto por contingencias profesionales como en trabajadores a tiempo completo, como por contingencias comunes (habrá que incluir también desempleo) lo que no ocurre en trabajadores a tiempo completo al darse una cotización adicional**. En trabajo a tiempo parcial los tipos de cotización son

los comunes (23'6 a cargo de la empresa, 4'7 a cargo del trabajador) como en las horas complementarias.

Las horas extraordinarias trabajadas y cotizadas no obstante, no dan lugar al cómputo del periodo de carencia, sino sólo de las bases reguladoras. No parece que, a diferencia de las horas complementarias, den lugar a la aplicación del 1'5 a efectos del periodo de cotización previa para generar el derecho a las prestaciones de IP y Jubilación. Es una diferencia de tratamiento de difícil justificación, ya que ambas cotizan del mismo modo.

Lo establecido en la disposición final novena será de aplicación a los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, **excepto para los comprendidos en los Sistemas Especiales para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y para Empleados de Hogar** establecidos en dicho Régimen General.

También resulta aplicable a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Reglamentariamente se determinarán los términos y condiciones para la aplicación de lo dispuesto en este precepto. Por ello parece no aplicable todavía hasta tanto se produzca el citado desarrollo reglamentario.

### III. LOS CONTRATOS DE FORMACION Y APRENDIZAJE Y LA BONIFICACION DE COTIZACIONES

En los contratos de formación y de aprendizaje se mantiene (art.3 del RDL 3/2012) el régimen de las deducciones de cuotas en términos similares a los establecidos en el RDL 10/2011, si bien con alguna variación:

-no se establece que tengan que trabajadores desempleados mayores de 20 años, bastando con que sean desempleados. No hace falta que estén inscritos con anterioridad a 1 de enero de 2012 como decía inicialmente el RDL antes de la corrección de errores (por el Boe del 18 de febrero).

- no existe ya el requisito de mantenimiento de la plantilla para tener derecho a las bonificaciones por celebración de estos contratos ni por transformación en contratos indefinidos.

La Disposición transitoria séptima regula la actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje vigentes y la disposición transitoria octava la de los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados a partir de la entrada en vigor de Real decreto-ley.

### IV. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LA SUSPENSIÓN DE CONTRATOS Y A LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Se recupera la bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, para la suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada y sólo en relación con las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.

Según el art. 15 del RDL 3/2012 las empresas tendrán derecho a una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal. La duración de la bonificación será coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador.

Ya no se contempla la posible ampliación hasta el 80 por ciento, añadida por el RDL 10/2010, cuando la empresa, en los procedimientos de regulación de empleo que hayan concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como acciones formativas durante el período de suspensión de contratos o de reducción de jornada cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa.

Por otra parte el compromiso de mantenimiento de empleo se eleva de seis meses (RDL 10/2010) a un año (ley 27/2009 y RDL 3/2012).

Es decir, en ambos casos, se vuelve a la regulación de la ley 27/2009 e implícitamente parece derogarse tanto esta norma (que se refería a que fueran autorizadas por ERES) como el RDL 10/2010 en este punto. Aunque debería haberse mencionado expresamente por la disposición derogatoria del RDL 3/2012.

De otra parte no se contempla ya que esta bonificación de cuotas de la Seguridad Social se aplique por los empleadores con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de Seguridad Social y por el Servicio Público de Empleo Estatal. Una vez desaparece la autorización administrativa parece lógica cierta cautela en relación con estas situaciones.

## V. LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO

6.1. Se introduce un nuevo supuesto mediante el que incluso con ventajas fiscales cabe **contratar desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo** regulada en el Título III del TRLGSS por empresas de menos de 50 trabajadores.

La empresa tendrá derecho a una **deducción fiscal** con un **importe equivalente al 50 por ciento de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación**, con el límite de doce mensualidades, y de acuerdo con las siguientes reglas:

1.º) El trabajador contratado deberá **haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses** en el momento de la contratación.

2.º) El importe de la deducción a que tiene derecho la empresa quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral y no se modificará por las circunstancias que se produzcan con posterioridad.

3.º) La empresa requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

El trabajador contratado **podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida** y pendiente de percibir en el momento de su contratación. A diferencia de la medida siguiente consistente en participar el perceptor en programas de sustitución, no es obligatoria la participación. También es decisión del trabajador compatibilizar o no el salario y la percepción de desempleo.

En todo caso, **cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, 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 y 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Según una interpretación *sensu contrario* podría concluirse que cuando compatibilice aunque sea en un 25 % la prestación, ésta se va consumiendo. La cuestión es si totalmente o sólo la parte correspondiente, esto es, el 25 %, no toda la prestación. En realidad el RDL 3/2012 no es muy concluyente sobre esta cuestión, al estar más bien pendiente de las relaciones entre prestación y trabajado intercurrentes a efectos suspensivos o extintivos (arts. 212 y 213 de la LGSS). El problema es que no se dice claramente que si se sigue percibiendo el 25 % de la prestación se va consumiendo de manera entera. Más justo es interpretar que respecto del resto se produce una suspensión de la prestación por trabajo intercurrente que luego se reanuda por el tiempo que reste sin que se haya consumido el 75 % de la prestación.

Además se modifica **el apartado 1 de la Disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre**, de reforma del sistema de protección por desempleo, esto es, el *programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo* en un doble sentido:

- Ahora podrán acogerse al presente programa **todas las empresas, cualquiera que sea el tamaño de su plantilla** (antes solo las empresas de hasta 100 trabajadores).
- La aplicación del programa regulado en la presente disposición transitoria será **obligatoria para los trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo** a que se refiere el párrafo anterior (antes era voluntaria).

6.2 Se recupera, **aunque limitada en el tiempo**, la reposición de la prestación de desempleo para las suspensiones o reducciones de jornada que se hayan producido entre

el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; y que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del 12 de febrero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013, el derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial durante las suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días.

Se regula de nuevo en el artículo 16 del RDL 3/2012 **el derecho a la reposición del derecho a la prestación por desempleo introducido por la ley 27/2009 y modificado por la ley 35/2010 para adaptarlo a las nuevas formas de acreditar las situaciones legales de desempleo en los ERES.**

La Disposición transitoria tercera contempla *normas relativas a la reposición de las prestaciones por desempleo en caso de* trabajadores **cuyo contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley**, en los supuestos establecidos en su artículo 16, y que previamente hubieran sido afectados por expedientes de regulación temporal de suspensión de contratos o de reducción de jornada en los casos referidos en esa disposición. Tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo, en los términos y con los límites establecidos en la **normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción del contrato.**

*6.3. Modificaciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en materia de protección por desempleo (Disposición final quinta).*

Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, que quedan redactados en los siguientes términos:

«2. El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, ordenados al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

3. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.»

Se añade una Disposición adicional vigésima primera al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo

según la cual *«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.»*

Con ello se excluye la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, y las consiguientes prestaciones por desempleo recogiendo los planteamientos del Servicio Público de Empleo Estatal, a fin de asumir los costes derivados del personal laboral de las administraciones públicas, salvo el caso de que se trate de entidades del sector público que se financian con precios públicos, o como dice el precepto, que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, lo que comprende a los organismos y las entidades públicas empresariales y sociedades estatales que tienen ese tipo de financiación mayoritaria.

Se genera así una desigualdad ante la ley que puede vulnerar el art. 14 de la Constitución entre trabajadores del sector público y del sector privado cuando ambos cotizan del mismo modo por las prestaciones por desempleo

#### 6.4.. NUEVAS FORMAS DE ACREDITAR LAS SITUACIONES LEGALES DE DESEMPLEO EN CASO DE DESPIDOS

##### 6.4.1. DESAPARICION DE LOS SALARIOS DE TRAMITACION EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE CON OPCION POR LA INDEMNIZACION

El apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

«1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.»

Ocho. El apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

**«2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.** Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.»

La obligación empresarial de abonar los salarios de tramitación únicamente se da ya en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización no se contempla ya el abono de los salarios de tramitación que venga a compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, sino que el RDL 3/2012 cree que es suficiente con que el trabajador acceda a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.

Así pues según el artículo 209 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación.

Así pues será el trabajador el que decida en qué momento solicitar la prestación de manera que cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización **el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo**, siempre que se cumpla lo establecido en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

Al no haber salarios de tramitación en caso de opción por la indemnización no se toman en cuenta para la prestación de desempleo que se producía tras la sentencia que declarase el despido como improcedente y la empresa optara por la indemnización. Ya no habrá tal cotización, lo que afectará en tal caso a las propias prestaciones por desempleo que no se ven afectadas por la tramitación.

Y para la fase de recursos la letra b) del apartado 1 del artículo 111 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, queda redactado del siguiente modo:

«b) Cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la readmisión mientras penda el recurso, si bien **durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario** según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 208 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso,

hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora.

A efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada.»

#### 6.4.2 ACREDITACIÓN DE SITUACIONES LEGALES DE DESEMPLEO QUE PROVENGAN DE DESPIDO COLECTIVO, O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA.

En virtud de la disp. final sexta se añade una nueva disposición adicional quincuagésimo cuarta al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

«Disposición adicional quincuagésimo cuarta. *Acreditación de situaciones legales de desempleo que provengan de despido colectivo, o suspensión del contrato y reducción de jornada.*»

Las situaciones legales de desempleo recogidas en el artículo 208.1.1 a); 1.2) y 1, 3) de la Ley General de Seguridad Social que se produzcan al amparo de lo establecido, respectivamente, en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, se acreditarán mediante:

a) **Comunicación escrita del empresario al trabajador** en los términos establecidos en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación. La fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda el despido colectivo o la suspensión de contratos o reducción de jornada.

b) **El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva.**

Al no haber autorización administrativa de los ERES suspensivos o extintivos se contempla lo siguiente.

La acreditación de la situación legal de desempleo deberá **completarse con la comunicación de la Autoridad Laboral a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores, en la que deberá constar la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo.** Si fuese temporal se deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera parcial se indicará el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo.»

Parece que a efectos de desempleo se exige cierta intervención de la autoridad laboral al menos a efectos de conocimiento, que no ya de autorización del ERE sea suspensivo o extintivo, a efectos creemos de un posible control de fraudes o irregularidades.

También de la entidad gestora de desempleo. El acuerdo podrá ser impugnado por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

En caso de suspensión o reducción de jornada no se establece un límite máximo de duración de la medida, por lo que, con un claro abuso de derecho en tanto que no existe la autorización administrativa previa, el empresario podría aplicarla por un periodo de tiempo más allá del periodo al que el trabajador tiene derecho a prestación de desempleo, lo que le colocaría en una situación de gran precariedad, tanto más cuando no se contempla la posibilidad de que el trabajador pueda pedir la extinción del contrato con derecho a 20 días de indemnización por año y con un tope de nueve mensualidades, como sí se contempla para la movilidad geográfica y la modificación de condiciones de trabajo.

Puede que sea coincidente con la duración de la bonificación de cotización de apoyo prevista en el art. 15 del RDL 3/2011. La duración de la bonificación será coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador. Pero puede ser de duración superior.

En caso de la empresa en **concurso**, sí se mantiene la autorización judicial por el Juez del Concurso para autorizar tales medidas. También se mantiene la autorización administrativa en caso de **fuerza mayor**.

#### 6.4.3. PAGO UNICO DE LA PRESTACION POR DESEMPLEO

La disposición final decimotercera del DL 3/2012 *modifica de las reglas del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad en el sentido de que en el caso de la regla 1.ª, el abono de una sola vez se realizará por el importe que corresponde a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad, con el límite máximo del 60 por 100 del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente de percibir, siendo el límite máximo del **100 por cien (antes 80 %)** cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes hasta 30 años de edad o mujeres jóvenes hasta 35 años, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud.»*